جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٢١

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۳۱

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالاـ و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۳۱، ص: ۱

[تتمه القسم الثانی فی العقود]

[تتمه کتاب النکاح]

[تتمه یلحق بالنکاح النظر فی أمور خمسه]

[النظر الثانی فی المهور]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

النظر الثانی فی المهور جمع مهر، و یسمی الصداق بفتح الصاد و کسرها، و النحله و الأجر و الفریضه و العقر و الصدقه بفتح الصاد مع ضم الدال و إسکانها و فتحها و بضمها و العلیقه، و الحباء بالمد و کسر الحاء المهمله ثم موحده، و الطول، و هو کما فی المسالک مال یجب بوطء غیر زنا منها و لا ملک یمین أو بعقد النکاح أو تفویت البضع قهرا علی بعض الوجوه، کارضاع و رجوع شهود، و کأنه أخذه من بعض العامه، قال: «إنه فی الشرع اسم لما وجب فی مقابله البضع بنکاح أو وطء أو موت أو تفویت البضع قهرا- ثم قال-: و قولنا: أو تفویت البضع قهرا یدخل فیه الرضاع و رجوع الشهود و وطء الأب زوجه ابنه و بالعکس بالشبهه فیهما، و وطء الأب جاریته، و إقرار الامرأه بعد إقرارها لزوج قبله، و غیر ذلک من المواضع المعروفه فی أبوابها» قلت:

ذلک و نحوه سبب فی الرجوع بالمهر الذی هو مقابل لتملک منفعه البضع أو استیفائها بغیر زنا منها، و الأمر سهل کسهولته فی الأسماء المزبوره التی من المحتمل اختصاص اسم الأجر منها فی مهر المتعه. بل قد یمنع تسمیته بالنحله، و إنما وقع فی الآیه(۱)وصفه بها، کما أنه قد یمنع تسمیته بالفریضه، و انما یوصف بها باعتبار کونه فرضا علی الزوج و نحو ذلک مما لا طائل تحته.

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۴.

و على كل حال ف فى البحث عن ه أطراف

[الطرف الأول فى المهر الصحيح]

الأول فى المهر الصحيح فى نكاح المسلمين و هو كلما يصح أن يملكه المسلم عينا كان أو منفعه لعقار أو حيوان أو إنسان عبد أو حر و لو الزوج نفسه، للأصل و المعتبره المستفيضه فى تحديد الصداق بما تراضيا عليه و أن المناسق منها ذلك بالنسبه إلى الكثيره و القله، ف

فى صحيح الكنانى (۱)«سألت عن المهر ما هو؟ فقال: ما تراضى عليه الناس»

و صحيح زراره(۲)عن أبى جعفر عليه السلام «الصداق كل شى ء يتراضى عليه الناس قل أو كثر»

و صحيح فضيل (۳)عنه عليه السلام أيضا «الصداق ما تراضى عليه الناس من قليل أو كثير فهو الصداق»

و فى الصحيح الآخر(۴)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن المهر، فقال:

هو ما تراضى عليه الناس أو اثنتا عشره أوقيه و نش أو خمسمائه درهم»

مضافا إلى

الصحيح (۵)عن أبى جعفر عليه السلام «جاءت امرأه إلى النبى صلى الله عليه و آله، فقالت: زوجنى، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوجنيها، فقال:

ما تعطيها؟ فقال: ما لى شى ء، فقال: لا، قال: فأعادت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه و آله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل ثم أعادت، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله فى المره الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه»

و فى آخر(۶)عنه عليه السلام أيضا «سألته عن رجل تزوج امرأه على أن يعلمها سوره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور الحديث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور الحديث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من أبواب المهور الحديث ۱.

٦- ۶ الوسائل الباب- ٧- من أبواب المهور الحديث ٢.

من کتـاب الله عز و جـل فقـال: مـا أحب أن يـدخل بها حتی يعلمها السوره و يعطيها شـيئا، قلت: أ يجوز أن يعطيها تمرا أو زبيبا؟ فقال: لا بأس بذلک إذا رضيت به کائنا ما کان».

و قد بان لک من ذلک أنه لا إشکال فی أنه يصح العقد علی منفعه الحر کتعليم الصنعه و السوره من القرآن و الشعر و الحکم و الآـداب و کـل عمـل محلـل، بل و علی إجاره الزوج نفسه مـده معينه أو علی عمل مخصوص، وفاقا للمشـهور لما عرفت و قيل و القائل الشـيخ فی النهايه و جماعه علی ما حکی بالمنع اسـتنادا إلی روايه لا تخلو من ضعف فی السند مع قصورها عن افاده المنع و هی

روايه البزنطی (۱)عن الرضـا عليه السـلام «فی الرجل يتزوج المرأه و يشترط لأبيها إجاره شـهرين فقال: موسـی علی نبينا و آله و عليه السـلام علم أنه سيتم له شرطه فکيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقی حتی يفی، و قد کان علی عهد رسول الله صلی الله عليه و آله تتزوج المرأه علی السوره و علی الدراهم و علی القبضه من الحنطه»

إذ هو- مع احتماله الکراهه و عـدم مکافأته لما سـمعت من وجوه- غير واضح الدلاله، ضـروره ظهوره فی کون المانع عدم علمه بالبقاء إلی أن يفی، فلو فرض علمه بـذلک صـح، بل مقتضاه فساد الإصـداق بنحو تعليم سوره و غيره الـذی قد تضـمن هو جواز جعله مهرا فضلا عن الإجماع و دلاله المعتبره السابقه.

اللهم إلاـ أن يقـال: إن محل النزاع الاصـداق بإجاره خصوص نفسه لا الاصـداق بعمل فی ذمته کلی غير مشـروط عليه المباشـره بنفسه، فان ذلک جائز عند الجميع، و هو مضـمون المعتبره المستفيضـه(۲)و المحکی عليه الإجماع، و من هنا صـرح بعضـهم بل لعله ظاهر المتن أيضا بکون النزاع فی جعل الزوجه المهر استئجار

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب المهور الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب المهور الحديث ۱ و الباب ۷ منها الحديث ۲ و الباب- ۱۷- منها الحديث ۱ و الباب- ۲۲- منها الحديث ۱.

الزوج لأن يعلم أو يعمل هو بنفسه لها أو لوليها مده معينه، كشهر أو شهرين أو سنه.

و ربما كان وجه المنع فيه حينئذ عدم الطمأنينه للامرأه بحصول المهر لاحتمال موته قبل العمل، و الفرض عدم كون الشی ء فی ذمته حتی یؤخذ لها من ترکته، و لیس هو کالإجاره علی ذلک التی لا- إشکال فیها مع عمله و مع عدمه یرجع بأجرته إذا انفسخت بموت و نحوه.

قلت: فیه (أولا-) أنه إذا جعل عمله نفسه مهرا فان فعل فلا إشکال و إن مات بعد الدخول مثلا و لم یعمل کان لها قیمه ذلک العمل من ترکته، إذ هو مضمون علیه حتی یوصله إلیها، و لیس هو کالإجاره فی الانفساخ بتلف العین المستأجره علی أنه لو سلم یکون لها مهر المثل حینئذ لعدم خلو البضع عن المهر، و الفرض انفساخ العقد بالنسبه إلی المسمی.

و (ثانیا) أن الأصل فی هذا الشیخ فی النهایه و ظاهر الخلاف، و لیس فی کلامهما تعرض للفرق بین العمل فی الذمه و بین إجاره النفس،

بمعنی اشتراط المباشره أو علی کونه کالأجیر الخاص.

قال فی النهایه: «یجوز العقد علی تعلیم آیه من القرآن أو شی ء من الحکم و الآداب، لأن ذلک له أجر معین و قیمه مقدره، و لا یجوز العقد علی إجاره، و هو أن یعقد الرجل علی امرأه علی أن یعمل لها أو لولیها أیاما معلومه أو سنین معینه».

و قال فی محکی المبسوط: «یجوز أن تکون منافع الحر مهرا، مثل أن یخدمها شهرا، أو علی خیاطه ثوب، أو علی أن یخیط لها شهرا و کذلک البناء و غیره، و کذلک تعلیم القرآن و الشعر المباح، کل هذا یجوز أن یکون صداقا، و فیه خلاف، غیر أن أصحابنا رووا أن الإجاره مده لا یجوز أن تکون صداقا، لأنه کان یختص موسی علیه السلام».

و فی محکی الخلاف بعد أن ذکر أن الصداق ما تراضیا علیه مما یصلح أن

یکون ثمنا لمبیع أو أجره قلیلا کان أو کثیرا و استدل علی ذلک بإجماع الفرقه و أخبارهم، قال: «مسأله یجوز أن تکون منافع الحر مثل تعلیم قرآن أو شعر مباح أو بناء أو خیاطه أو غیر ذلک مما له أجره صداقا، و استثنی أصحابنا من جمله ذلک الإجاره، و قالوا: لا یجوز، لأنه کان یختص موسی علیه السلام، و به قال الشافعی و لم یستثن الإجاره، بل أجازها، ثم حکی عن أبی حنیفه و أصحابه أنه لا یجوز أن تکون منافع الحر صداقا بحال سواء کانت حجا أو غیره- ثم قال-: دلیلنا إجماع الفرقه و أخبارهم، و أیضا روی سهل الساعدی»(۱)و ساق الحدیث السابق.

و لیس فی شی ء من کلامه فی کتبه الثلاثه الإشاره إلی الفرق بما عرفت، و لا یبعد أن یکون مراده باستثناء الإجاره بقرینه ذکر قضیه موسی علیه السلام جعل الصداق الإجاره نفسها علی وجه یکون البضع اجره کما کانت الإجاره مهرا، علی معنی تزویج المرأه نفسها بإجاره نفسه لها شهرا أو علی عمل بحیث، یکون الصداق عقد الإجاره، أو یذکر العمل فیه علی إراده عقد الإجاره و یجعل البضع نفسه أجره لذلک، کقول شعیب علیه السلام لموسی علیه السلام (۲)«عَلی أَنْ تَأْجُرَنِی ثَمانِیَ حِجَجٍ» و لا ریب فی عدم صحه ذلک، ضروره عدم صلاحیه البضع لأن یکون أجره و لا ثمنا لمبیع و لا عوضا فی جمیع المعاوضات، مضافا إلی ما تسمعه من خبر حماده(۳)و ظاهر الآیه مع فرض إرادته مختص بموسی علیه السلام، کما أنه اختص به جعل تلک الإجاره التی منفعتها لشعیب علیه السلام مهرا کما أومی إلیه فی

خبر السکونی (۴)الذی رواه المشایخ الثلاثه قال: «لا یحل النکاح الیوم فی الإسلام بإجاره، بأن تقول: أعمل عندک کذا و کذا سنه علی أن تزوجنی ابنتک أو أختک، قال: هو حرام، لأنه ثمن رقبتها، و هی أحق بمهرها».

۱- ۱ المستدرک الباب- ۲- من أبواب المهور الحدیث ۲ و سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۴۲.

۲- ۲ سوره القصص: ۲۸- الآیه ۲۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب المهور الحدیث ۲.

و من ذلک یعلم ما فی کلام بعضهم من تحریر محل النزاع جعل ذلک مهرا لها أو لولیها، حتی أنه جعل المشهور الجواز، و ربما تسمع لذلک تتمه إنشاء الله، کما أن منه یعلم ما فی تأویل ما فی المتن و نحوه فی تحریر النزاع من التعبیر بإجاره الزوج نفسه بأن المراد جعل العمل الذی یکون موردا للإجاره، لا أن المراد الإجاره نفسها، بل منه یعلم أیضا أنه لا وجه للاستدلال للشیخ بالخبر المذکور أولا و إن کان فیه ذکر قصه موسی علیه السلام و التعلیل بما عرفت الذی لا یمنع من أن یکون المنع فیه لعله أخری، و هی ما سمعت، بل الأولی الاستدلال بما دل علی عدم جواز جعل الإجاره مهرا کخبر السکونی.

و ربما احتمل فی کلام الشیخ أن محل نزاعه فی خصوص العمل مده، لکنه کما تری، و کذا احتمال کون نزاعه جعل العمل للغیر مهرا نحو ما وقع من موسی علیه السلام، فان کلامه الذی سمعته صریح فی خلاف ذلک، و لعل التدبر فی کلامه فی کتبه الثلاثه یقتضی ما قلناه، بل ظاهره فی الخلاف أن ذلک أمر معروف عند الأصحاب و عدم کون ذلک من خواصه، و لذا نسبه إلی استثناء الأصحاب ثم حکی عن أبی حنیفه ما سمعت المبنی علی عدم مالیه منافع الحر، و لذا لا تضمن بالفوات، فلا تصح أن تجعل مهرا نعم لو قوبلت بمال کما فی الإجاره، و هو کالاجتهاد فی مقابله النص، بل هو منه، علی أنه لا فرق فی مالیتها فی المعاوضات بین المقابله بمال و عدمه، و لذا جاز استئجار الشخص الحر علی عمل بعمل آخر من المستأجر کما هو واضح.

و علی کل حال فقد عرفت أن المدار فی المهر علی المالیه التی تصح أن تکون عوضا من غیر فرق بین العین و العروض و المنافع و الأعمال و نحوها، بل الظاهر جواز جعل المهر حقا مالیا کحق التحجیر و نحوه مما یصح المعاوضه علیه.

أما الحقوق التی یصح المعاوضه عن إسقاطها کحق الدعوی و الیمین و الخیار و الشفعه و نحوها ففی صحه جعلها مهرا وجهان ینشئان من عموم

قوله علیه السلام (۱)«ما تراضیا علیه»

و أولویه المهر من غیره من المعاوضات، باعتبار کونه لیس عوضا صرفا و من إطلاق الفتاوی اعتبار کونه مملوکا علی وجه ینتقل إلی الزوجه، و یقبل التنصیف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور الحدیث ۳.

لو احتیج الیه بطلاق قبل دخول و نحوه و لو بتقویمه، و احتمال الالتزام بالتقویم فی الفرض حینئذ یدفعه عدم کون مثل ذلک من المتقومات العرفیه، و إنما تقع المعاوضه علیه بما یتراضیان علیه، اللهم إلا أن یدعی إمکان تقویمه و لو بملاحظه الدعوی مثلا، لکنه کما تری، مضافا إلی

خبر حماده بنت أخت أبی عبیده الحذاء(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه و شرط لها أن لا یتزوج علیها و رضیت أن ذلک مهرها، فقال أبو عبد الله علیه السلام:

هذا شرط فاسد، لا یکون النکاح إلا علی درهم أو درهمین».

ثم إن المراد من قول المصنف: «کلما یصح أن یملک المسلم» الصحه المحققه علی وجه ینتقل منه إلی غیره کی یتجه حینئذ جعل الزوج له مهرا منتقلا إلی الامرأه، و ربما خرج بذلک العقد علی مال الغیر بغیر إذنه، فإنه لا یصح ملکه فعلا لمسلم بدون إذن مالکه، و یمکن أن یکون المصنف أراد الاحتراز عن مثله بمثل هذه العباره، و عدم جواز جعله مهرا لحرمه التصرف فی مال الغیر و إن صدق علیه صحه تملک المسلم له، بل قد یمنع صحته مهرا حتی مع إذن المالک إذا لم یکن علی وجه یدخل فی ملک الزوج، لکون المهر کالأعواض التی لا یصح أن تکون لمالک و المعوض لاخر، اللهم إلا أن یمنع اعتبار ذلک فی المهر و إن اعتبر مثله فی المعاوضات، لکن لیس هو منها، فیصح حینئذ بذل الغیر له، بل یصح العقد للزوج علی أن یکون المهر فی ذمه غیره، و قد یشهد له فی الجمله ما تسمعه إنشاء الله من کون المهر فی ذمه الوالد لو زوج ولده الصغیر المعسر، بل یظهر من الفاضل فی القواعد و غیره المفروغیه من مشروعیه بذل الغیر المهر عن الولد الموسر الصغیر بل و غیره، فلاحظ ما ذکره فی الفرع الرابع عشر و هو: لو زوج الأب أو الجد له الصغیر إلی آخره، و لعله الأقوی خصوصا مع ملاحظه مخالفه معاوضه المهر لأحکام المعاوضه فی کثیر من المقامات، و ربما یأتی لذلک تتمه إنشاء الله.

و کیف کان ف لو عقد الذمیان أو غیرهما من أصناف الکفار علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۱.

خمر أو خنزير أو نحوهما مما لا يصح من المسلم صح العقد و المهر حكما إذا كان كذلك في دينهم، بمعنى إقرارهم على ما في أيديهم و عدم التعرض له، و إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم و لأنه في دينهما يملكانه فيصح ذلك بالنسبه إليهم عقدا و مهرا و حينئذ ف لو أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فلا إشكال، و إن كان ذلك قبل القبض دفع الزوج القيمه عند مستحليه ل تعذر ما استحقته الزوجه بالعقد ب خروجه عن صلاحيه ملك المسلم (۱۱) له، و الفرض ضمانه عليه حتى يوصله إلى الزوجه، فيكون حينئذ كالمثلي الذي قد تعذر مثله في الانتقال إلى القيمه، ضروره أنه بإسلامهما يمتنع قبضه و إقباضه في دين الإسلام عليهما، و كذا إن كان المسلم الزوج الذي لا يصح له إقباضه و لا دفعه نحو الزوجه التي لا يصح لها قبضه حينئذ، فليس حينئذ إلا القيمه التي هي أقرب شي ء إليه سواء كان (۱۲) الخمر و الخنزير المجعولان مهرا عينا (۱۳) مشخصه أو (۱۴) كليا مضمونا (۱۵) في الذمه، مؤيدا ذلک كله ب

خبر عبيد بن زراره(۱)قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «النصراني يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنا خمرا و ثلاثين خنزيرا ثم أسلما بعد ذلک و لم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمه الخمر؟ و كم قيمه الخنازير؟ فيرسل بها

إليها ثم يدخل عليها، و هما على نكاحهما الأول»

و قد مر تحقيق في المسأله في نكاح الكفار و ذكر الأقوال فيها.

لكن ينبغي أن يعلم هنا أن ما يظهر من المصنف و غيره من ملكيه الكافر للخمر و الخنزير و نحوهما مناف لقاعده تكليف الكافر بالفروع، و لما دل (۲)على عدم قابليتهما للملک شرعا من غير فرق بين المسلم و الكافر، و عدم التعرض لما في أيديهم من أديانهم لا يقتضي ملكيتهم ذلک في ديننا، بمعنى أن المسلم فيه لا يملک بخلاف الكافر، فإنه يملک ذلک، ضروره منافاته لما عرفت، و لنسخ دينهم، فهو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۵ و ۵۷- من أبواب ما يكتسب به.

حرام عليهم، و الثمن الذى يأخذونه فى مقابلته حرام عليهم، و تصرفهم فيه حرام أيضا و إن جاز لنا تناوله منهم، و معاملته معامله المملوك، و إجراء حكم الصحيح عليه إلزاما لهم بما ألزموا به أنفسهم، فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع.

كما أنه ينبغى أن يعلم أيضا أنه قد يقال بعدم وجوب القيمه فى المقام لو كان المهر مثلا خمرا معينا و قد أسلم الزوج و قد قبضته هى من دون إذن منه أو مع عدم منعه، لعدم جواز تعرضه لها فى ملكها، بل من يتلف على الذمى خمرا يضمنه له، فوجوب القيمه فى ذلك

محل نظر و إن لم أجد ذلك لأحد من أصحابنا، نعم عن بعض العامه الفرق بين الدين و العين، و هو جيد فى هذا الفرد، لا فيما إذا أسلمت الزوجه قبل القبض و كان مهرها خمرا معينا فإنه بإسلامها تعذر عليه قبضها و تلف عليها، و الفرض ضمانه فى يد الزوج، و ليس ذلك تفريطا بعد أن كانت مأموره به شرعا، فالإسلام يرفعها و يعزها و قد أومأنا إلى ذلك فى ذلك المقام، و الله العالم بحقيقه الحال.

و لو كانا أى الزوج و الزوجه مسلمين أو كان الزوج مسلما و عقدا على خمر أو خنزير مثلا عالمين بعدم صحه ذلك أو جاهلين أو مختلفين قيل و القائل جماعه منهم الشيخان فى المقنعه و النهايه و القاضى و التقى على ما حكى:

يبطل العقد لتعليق الرضا بالباطل المقتضى لارتفاعه بارتفاعه، و لأنه حيث يذكر المهر فيه عقد معاوضه، ضروره اتحاده مع عقود المعاوضه فى القصد و دخول الباء و نحو ذلك، و لذا أطلق عليه اسم الأجر فى قوله تعالى (۱)«فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» فينبغى أن يعتبر فيه ما يعتبر فيها من توقف الصحه على صحه العوض كالبيع و نحوه، و صحته بلا مهر لا ينافى جريان حكم المعاوضه عليه مع ذكر المهر، بل قد يؤيد ذلك ما فى المعتبره المستفيضه(۲)من أن المهر ما تراضيا عليه المنعكس بعكس النقيض إلى أن ما لا يتراضيان عليه لا يكون مهرا المقتضى عدم غير المذكور فى

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۲۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور.

العقد مهرا فينافى ما دل على عدم إخلاء البضع عن المهر، فليس حينئذ إلا البطلان.

و قيل و القائل المشهور يصح العقد، بل عن بعض نفى الخلاف فيه إلا من مالك و بعض الأصحاب، للعمومات السالمه عن معارضه غير ما عرفت من التعليق المذكور الذى يمكن منعه بعدم ظهور المعاوضه فى ذلك، و انما تقتضى معنى التعاوض و التبادل عرفا من غير اعتبار معنى التعليق بل ذلك فيها شبه الداعى يعنى أن الزوجه مثلا رضيت بالنكاح و رضيت بكون الخمر ملكا لها، و الزوج رضى بكونها زوجه و أنها مالكه للخمر عليه، لا- أن المراد إنشاء معلقا على وجه يكون الرضا معلقا عليه، فيكون حاصله أن الزوجه قد أنشأت الرضا بالنكاح معلقه ذلك على أن يكون الخمر ملكا لها، بحيث إن لم يكن ملكا لها فلا رضا لها بالنكاح، ضروره عدم إراده ذلك فى المعاوضه و إن انساق إلى ذهن غير المحصل ابتداء و التحقيق ما عرفت، و حينئذ فلم يحصل فى العقد المفروض إلا هذا التقابل، و هو مقتض للبطلان فى العقد الذى اعتبر الشارع فيه العوض، كالبيع و الإجاره، أما نحو النكاح المسلم عند الخصم عدم اعتبار العوض فيه لا دليل على اقتضاء بطلانه بطلانه، بل الدليل من العمومات و غيرها يقتضى الصحه.

(و بالجمله) بطلان عقود المعاوضات ببطلان العوض العرفى شرعى لا- لانتفاء الرضا، فالمعاوضه حينئذ عرفيه و شرعيه و هى المشتمله على العوض الصحيح شرعا و شرعيه لا عرفيه، لوجوب مهر المثل بالدخول و قيمه الشى ء بتلفه، و عرفيه لا شرعيه، و هى المشتمله على العوض الفاسد، و هذه إن اعتبر الشارع فيها العوض تكون باطله لذلك، و إلا كان العقد صحيحا للعمومات و التعاوض باطلا، و ما نحن فيه من ذلك، ضروره تسليم الخصم عدم اعتبار العوض فيه فيصح بلا مهر، بل و تسليمه صحه العقد مع ظن كونه خلا فبان خمرا، أو حيوانا مملوكا فبان خنزيرا، أو ماله فظهر مستحقا للغير، و نحو ذلك مما قيل فيه إن العقد صحيح قولا واحدا، و لا وجه له إلا ما ذكرناه الذى منه يستفاد الصحه فى الفرض، و كذا فحوى ما دل عليها فى

النکاح المشتمل علی الشروط الفاسده التی هی کالمهر من حیث الرضا المزبور، بل ربما کانت الدعوی فیه أظهر مع حکمهم بالصحه و إن فسد الشرط، و لیس ذلک إلا لما عرفت، کل ذلک مضافا إلی صحیح الوشاء(۱)فی المسأله الاتیه المصرح فیه بصحه العقد و بطلان ما جعل فیه من المهر لأبیها.

و کأنه إلی بعض ما ذکرنا أشار بعض الأفاضل فی الاستدلال علی الصحه فی الفرض بالعمومات، قال: «و لا یخرج عنها سوی اشتراطه بالتراضی المفقود هنا بناء علی وقوعه علی الباطل المستلزم لعدمه بدونه، فلا یکون الرضا بالتزویج باقیا بعد المعرفه ببطلان المرضی به» و فیه أن الشرط حصوله و قد وجد فتثبت الصحه المشروطه به، و بطلان المتعلق غیر ملازم لبطلانه أولا، و علی تقدیره فاللازم منه ارتفاع الرضا من حین المعرفه بالبطلان، و

عدم البقاء لیس شرطا فی الصحه، بل الوجود و قد حصل، و دعوی استلزام بطلان المرضی به بطلان أصل الرضا و عدم حصوله فاسده بالضروره هنا و إن کان بعض ما ذکره لا یخلو من نظر.

و من ذلک بان ما فی جمیع أدله الخصم حتی الأخیر الواضح فساده، ضروره أنه بعید تسلیم مقدماته الفاسده یقتضی عدم کونه غیر ما تراضیا علیه مهرا فی العقد و هو لا ینافی ثبوت المثل بالدخول لا بالعقد، کما هو واضح. نعم لا ریب فی اقتضاء ما ذکرناه انحصار ما أوجبه العقد فی ملکیه البضع خاصه من غیر مهر.

فدعوی- إیجابه مع ذلک مهر المثل أو قیمه الخمر أو التفصیل فی المذکور بین ما له قیمه و لو عند مستحلیه و غیره کالحر، فیوجب مهر المثل فی الثانی و القیمه فی الأول، و التفصیل بین ما علم کونه خمرا أو خنزیرا و بین غیره مما ظن کونه خلا- و حیوانا مملوکا فبان خمرا أو خنزیرا، فیجب بالعقد مهر المثل فی الأول و القیمه فی الثانی أو مقدار ذلک الخمر خلا أو غیر ذلک- من الأقوال و الاحتمالات التی لا ینبغی أن تصدر ممن له أدنی نصیب فی الفقه، ضروره عدم إیجاب العقد ما لم یذکر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور الحدیث ۱.

فیه، و لا ریب أن مهر المثل أو القیمه أو غیر ذلک أشیاء لم یذکرها المتعاقدان فی العقد لا لفظا و لا تقدیرا، و قیمه الشی ء انما تجب حکما من الشارع بعد استحقاق ذلک الشی ء لا قبل أن یستحق علیه.

فما وقع من جماعه- من نحو هذه الأقوال حتی أنه أوجبوا النصف بالطلاق و الجمیع بالموت- واضح الفساد، بل لعل المتجه عدم جعل محل البحث من المفوضه، للعلم بعدم وقوع معنی التفویض منها، بل ما وقع منها من القصد إلی مهریه الخمر و الخنزیر ینافیه، فلا متعه لها لو طلقت قبل الدخول، بناء علی اختصاصها بها، کما لا شی ء مع الموت.

و انما یثبت لها مع الدخول مهر المثل الذی لا مدخلیه للعقد فی وجوبه، و لذا قد یجب بالوطء شبهه بدون عقد و حینئذ فما قیل: لا- یجب مهر المثل لها بل الواجب لها قیمه الخمر أو مقداره خلا- أو غیر ذلک من الأقوال التی قد عرفت فسادها- لا ینبغی الالتفات إلیه.

و قد ظهر لک من ذلک أن القول الثانی أی القول بصحه العقد، و أن لها مهر المثل مع الدخول مع کونه أشهر أشبه بأصول المذهب و قواعده، کما عرفته بما لا مزید علیه، و الله العالم بحقیقه الحال.

و لا تقدیر فی المهر فی جانب القله بل ما تراضی علیه الزوجان و إن قل ما لم یقصر عن التقویم کحبه من حنطه (۱۱) و نحوها مما یعد نقله عوضا من السفه و العبث، بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک نصا(۱)و فتوی، بل لعل الإجماع بقسمیه علیه.

و کذا لا حد له فی الکثره (۱۲) علی المشهور بین الأصحاب، شهره عظیمه کادت تکون إجماعا، بل لعلها کذلک، لإطلاق الأدله و عمومها کتابا(۲)و سنه(۳)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۲۴ و ۲۰ و سوره البقره: ۲ الآیه ۲۳۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور.

من آیه الأجور و ما فَرَضْتُمْ (۱)و غیرها، و لأنه نوع معاوضه فیتبع اختیار المتعاوضین فی القدر کغیره من المعاوضات و خصوص المعتبره(۲)المحدده له بما تراضیا علیه قل أو کثر، و قوله تعالی (۳)«وَ آتَیْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً» الذی هو المال العظیم (۴)أو وزن أربعین أوقیه من ذهب أو فضه أو ألف و مأتا أوقیه(۵)أو سبعون ألف دینار(۶)أو ثمانون ألف دینار(۷)أو مأه رطل من ذهب أو فضه(۸)أو ملء مسک ثور ذهبا أو فضه(۹)و قضیه(۱۰)عمر مع المرأه التی حجته بهذه الآیه حین نهی عن المغالاه فی المهر حتی قال: «کل الناس أفقه منک یا عمر حتی المخدرات» معروفه،

و صحیح الوشاء(۱۱)عن الرضا علیه السلام «سمعته یقول: لو ان رجلا تزوج امرأه و جعل

مهرها عشرین ألفا و جعل لأبیها عشره آلاف کان المهر جائزا و الذی سماه لأبیها فاسدا»

و صحیح الفضیل (۱۲)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا آبقا و بردا بألف درهم التی أصدقها، قال: إذا رضیت بالعبد و کانت قد عرفته فلا بأس، إذ هی قد قبضت الثوب و رضیت بالعبد»

و عن

الشیخ فی المبسوط أنه روی فیه «عن عمر أنه لما تزوج أم کلثوم بنت

۱- ۱ فی النسخه الأصلیه المبیضه« ما عرضتم» و الصحیح ما أثبتناه کما فی النسخه الأصلیه المسوده بخط المصنف طاب ثراه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۲۰.

۴- ۴ مجمع البیان سوره النساء ذیل الآیه ۲۰.

۵- ۵ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۳۳.

۶- ۶ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۳۳.

۷- ۷ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۳۳.

۸- ۸ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۳۳.

۹- ۹ مجمع البیان سوره آل عمران ذیل آیه ۱۴.

۱۰- ۱۰ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۳۳. راجع الغدیر للامینی قده ج ۶ من ص ۹۵ الی ۹۸.

۱۱- ۱۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۱۲- ۱۲ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب المهور الحدیث ۱.

علی علیه السلام أصدقها أربعین ألف درهم»(۱)

و أن أنس بن مالک تزوج امرأه علی عشره آلاف(۲)

و «أن الحسن بن علی علیهما السلام تزوج امرأه فأصدقها مأه جاریه، مع کل جاریه ألف درهم»(۳)

بل ربما روی أزید من ذلک فی عهد الصحابه و التابعین من غیر نکیر من أحد منهم.

و لکن مع ذلک قیل و القائل المرتضی بل حکی عن الإسکافی و الصدوق بالمنع من الزیاده عن

مهر السنه و هو خمسمائه درهم بل لو زاد علیه رد إلیها بل فی الانتصار دعوی إجماع الطائفه علیه، قال فیه: «و مما انفردت به الإمامیه أنه لا یتجاوز بالمهر خمسمائه درهم جیاد، قیمتها خمسون دینارا، فما زاد علی ذلک رد إلی هذه السنه، و باقی الفقهاء یخالفون فی ذلک- إلی أن قال-: و الحجه بعد إجماع الطائفه أن قولنا: مهر یتبعه أحکام شرعیه، و قد أجمعنا علی أن الأحکام الشرعیه تتبع ما قلناه إذا وقع العقد علیه، و ما زاد علیه لا إجماع علی أنه یکون مهرا، و لا دلیل شرعی، فیجب نفی الزیاده».

و فی محکی الفقیه «و السنه المحمدیه فی الصداق خمسمائه درهم، فمن زاد علی السنه رد إلیها» و نحوه عن هدایته ثم ذکر «أنه إذا أعطاها درهما واحدا من الخمسمائه و دخل بها فلا شی ء لها بعد ذلک، و کان ذلک صداقها إلا أن تجعله دینا فتطالب به فی الحیاه و بعد الممات، و إذا لم تجعله دینا فالأولی أن لا تطالب به

- ثم قال-: و إنما صار مهر السنه خمسمائه درهم، «لأن الله تعالی أوجب علی نفسه ما من مؤمن کبره و سبحه و هلله و حمده و صلی علی نبیه صلی الله علیه و آله مأه مأه ثم قال:

اللهم زوجنی الحور العین إلا زوجه الله حوراء من الجنه، و جعل ذلک مهرها»(۴).

و أما ابن الجنید فالمحکی عنه بعد أن ذکر أن کل ما صح الملک له و التمول

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۳۳ و فیه « علی عشرین ألفا».

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب المهور الحدیث ۲.

من قليل أو كثير فينتفع به في دين أو دنيا من عروض أو عين أو يكون له عوض من أجره دار أو عمل إذا وقع التراضى بين الزوجين، فالفرج حينئذ يحل به بعد العقد عليه- قال-:

«و سأل المفضل (۱)أبا عبد الله عليه السلام» إلى آخر الخبر المذكور دليلا للمرتضى و هو «دخلت على أبى عبد الله عليه السلام فقلت له: أخبرنى عن مهر المرأه الذى لا يجوز للمؤمن أن يجوزه، فقال: السنه المحمديه صلى الله عليه و آله خمسمائه درهم، فمن زاد على ذلك رد إلى السنه، و لا شى ء عليه أكثر من الخمسمائه درهم، فإن أعطاها من الخمسمائه درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شى ء عليه، قال: قلت:

فان طلقها بعد ما دخل بها، قال: لا شى ء لها، إنما كان شرطها خمسمائه درهما فلما أن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق فلا شى ء لها إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك فى حياته أو بعد موته فلا شى ء لها».

لكن لا يخفى عليك عدم صراحه كلام الإسكافى فى موافقه المرتضى، بل و لا ظهوره، بل لعل ظاهره خلافه، كما أنه قد يظهر من الصدوق إرادته الاستحباب الذى لا كلام فيه للتأسى و غيره، بل لا يبعد كراهه الزياده خصوصا من المحكى عنه فى المقنع قال: «و إذا تزوجت فانظر أن لا يتجاوز مهرها مهر السنه، و هو

خمسمائه درهم، فعلى هذا تزوج رسول الله صلى الله عليه و آله نساءه، و عليه زوج بناته، و صار مهر السنه خمسمائه لأن الله أوجب على نفسه» إلى آخر ما سمعته، فانحصر الخلاف حينئذ فى المرتضى خاصه، و منه يعلم ما فى دعواه إجماع الطائفه على ذلك.

كما يعلم مما عرفت ما فى الاستدلال له بالخبر المزبور الذى هو فى غايه الضعف سندا، و مشتمل على بعض الأحكام الغريبه الذى لم يقل به أحد، و لذا سمعت الصدوق ذكر مضمونه على معنى رضاها بالدرهم و إبراؤها إياه عن الباقى فلا بأس بحمله على الندب و الكراهه ك

خبر محمد بن إسحاق (۲)«قال أبو جعفر عليه السلام:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۱۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب المهور الحديث ۶.

«تـدری من أین صـار مهور النساء أربعه آلاف درهم؟ قلت: لا، قال: إن أم حبیبه بنت أبی سـفیان کانت فی الحبشه فخطبها النبی صلی الله علیه و آله فساق عنه النجاشی أربعه آلاف درهم، فمن ثم هؤلاء یأخذون به، أما الأصل فاثنتا عشره أوقیه و نش»

الذی هو مع الضـعف لا دلاله فیه علی ذلک، بل لعله ظاهر فی عکسه، و التأسـی به بعد العلم بکون ذلک منه علی الندب بالأدله السابقه

یراد منه الاستحباب، و لعله لما سمعت قال المصنف و لیس بمعتمد.

و لکن مع ذلک کله فالأولی الاقتصار علی الخمسمائه تأسیا بهم و إن أرید الزیاده نحلت علی غیر جهه المهر، ک

ما فعله الجواد علیه السلام لابنه المأمون (۱)قال:

«و بذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله صلی الله علیه و آله لأزواجه، و هو اثنتا عشره أوقیه و نش علی تمام الخمسمائه، و قد نحلتها من مالی مأه ألف».

بل قد یقال: إن المرتضـی أجل من أن یخفی علیه ما فی الکتاب (۲)و السنه(۳)المتواتره و فعل الصحابه و التابعین و تابعیهم و ما علیه الطائفه المحقه و احتجاج الامرأه علی عمر و غیر ذلک، و احتمال الاعتـذار عنه- بأن ذلک منه بناء علی مذهبه من أنه لیس للعموم صیغه تخصه، فحینئذ

قوله علیه السلام (۴): «ما تراضی علیه الزوجان»

لا دلاله فیه علی العموم- یـدفعه (أولا) عـدم حصـر الـدلیل فی نحو ذلک کما عرفت و (ثانیا) أنه و إن قال: إنه لیس له لغه لکنه وافق

علی کونه فی الشرع کذلک و (ثالثا) أن النصوص المزبوره فیها ما یدل علی إراده العموم، ک

قوله علیه السلام (۵)«قل أو کثر»

۱- ۱ البحار ج ۱۰۳ ص ۲۶۴.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۲۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور الحدیث ۳ و ۹ و فیهما « ما تراضـیا علیه» و فی الحدیث ۱ و ۴ و ۵ و ۱۰ « ما تراضی علیه الناس» و فی سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۴۱ عن علی علیه السلام« ما تراضی به الزوجان».

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور الحدیث ۶ و ۹.

و نحو ذلک، کاحتمال الاعتذار عنه- بأن مراده الاستحباب و کراهه الزیاده، و استحباب العفو عنها مع فرض حصولها و نحو ذلک- مما ینافیه ظاهر کلامه أو صریحه.

نعم قد یقال: إن مراده أن المهر و إن لم یکن له وضع شرعی إلا أن له مسمی کذلک، و کل حکم فی الشریعه کان عنوانه لفظ مهر یراد منه الشرعی، فإذا أمهرت الامرأه أزید من الخمسمائه کان الجمیع واجبا علی الزوج قطعا، إلا أن المهر الشرعی منه الخمسمائه و الزائد مهر عرفی واجب شرعی علی الزوج أیضا، و إن شئت فسمه نحله، و کأنه إلیه أومأ الجواد علیه السلام فإذا قال الشارع مثلا: «للامرأه الامتناع عن الزوج حتی تتسلم المهر» و لم تکن ثم قرینه علی أراه العرفی کان الواجب الشرعی، و هکذا، و لعله إلی ذلک أشار المرتضی رحمه الله بقوله: «قولنا مهر» إلی آخره.

و حینئذ فالوجه فی رده منع المسمی الشرعی للمهر علی الوجه المزبور کمنع وضعه کذلک و إن اشتهر التلفظ بمهر السنه فی النصوص و غیرها، لکن لیس المراد منه مسمی شرعی للمهر

علی وجه یکون عنوانا للأحکام الشرعیه المعلقه علی المهر الظاهر عرفا بالعوض المقابل للبضع فی العقد، لا رده بالایه(۱)و الروایات (۲)و فعل الصحابه و غیر ذلک مما سمعت ما لا ینکره بناء علی ما ذکرنا و الله العالم بحقیقه الحال.

و علی کل حال یکفی فی المهر مشاهدته إن کان حاضرا و لو جهل وزنه و کیله و عده و ذرعه کالصبره من الطعام و القطعه من الذهب و الصبره من الدراهم و الثوب و الأرض و نحو ذلک، بلا خلاف أجده فیه، بل نسبه بعضهم إلی قطع الأصحاب، لإطلاق الأدله التی منها ما سمعته من المعتبره(۳)المشتمله

۱- ۱ سوره النساء: ۴ الآیه ۲۰.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور.

على تحديد المهر بما تراضيا عليه، و أنه كان على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله تتزوج الامرأه على السوره و على القبضه من الحنطه، مضافا إلى فحوى الاكتفاء بالقبضه و نحوها فى نصوص المتعه(۱)التى يعتبر فى صحتها المهر بخلاف المقام الذى هو ليس على حد المعاوضات المعتبر فيها العلم الذى لا يكفى فيه المشاهده و إن ارتفع بها معظم الغرر الذى يكفى هنا فيغتفر حينئذ ما عداه.

و حينئذ فإن قبضته و لم يتوقف الأمر على العلم بقدره أو علماه بعد ذلك فلا كلام، و إن استمر مجهولا و احتيج إلى معرفته قبل

التسليم أو بعده و قد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه فالوجه الرجوع إلى الصلح، لانحصار الطريق فيه، و احتمال وجوب مهر المثل حينئذ كما عن بعضهم مناف لأصول المذهب و قواعده حتى لو فرض تلفه قبل القبض، فان ضمان المهر عندنا ضمان يد لا ضمان معاوضه، و لذا وجبت قيمته لو تلف فى يد الزوج، و ليس هذا كما لو تزوجها ابتداء على المجهول الذى لا يجوز جعله مهرا، لعدم إمكان استعلامه فى نفسه بلا خلاف أجده فيه، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه لامتناع تقويم المجهول، و لاعتبار العلم به فى المتعه التى لم يثبت الفرق بينها و بين غيرها بالنسبه إلى ذلك، بل ظاهر الأدله اتفاقهما فى المهريه و إن اختلفا فى اشتراط صحتها به دون غيرها إلا أن ذلك أمر خارج عما نحن فيه.

فحينئذ و لذا قال فى القواعد: «إنه يشترط فى صحته- أى المهر- مع ذكره التعيين إما بالمشاهده و إن جهل كيله و وزنه، كقطعه من ذهب و قبه من طعام، أو بالوصف الرافع للجهاله مع ذكر قدره إن كان ذا قدر، فلو أبهم فسد المهر و صح العقد» بل لم أجد خلافا بينهم فى ذلك، نعم ستسمع البحث فيما لو جعل المهر خادما آبقا لكن التأمل التام يورث إشكالا فى المقام، ضروره أن المهر إن كان مع ذكره يعتبر فيه ما يعتبر فى المعاوضات- كما صرح به غير واحد، بل نفى عنه الخلاف، بل ربما نسب إلى قطع الأصحاب- ينبغى أن لا يكتفى فيه بالمشاهده التى قد عرفت نفى الخلاف عن الاكتفاء بها أيضا كما لم يكتف فيها، و إن لم يعتبر فيه ذلك فلا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المتعه.

وجه للبطلان بالجهاله فی بعض الأوصاف و القدر و نحو ذلک، ضروره کونه حینئذ من قبیل الخطابات الشرعیه فی الزکاه و الکفاره و العتق و النذر و الوصیه و نحوها مما لا یعتبر فیها المعلومیه، و یکفی المطلق عنوانا لها.

نعم یمکن اعتبار الوسط من الأفراد کما فی الزکاه، مؤیدا ب

خبر ابن أبی عمیر عن علی بن أبی حمزه(۱)قلت لأبی الحسن علیه السلام: «تزوج رجل امرأه علی خادم، فقال: لها وسط من الخدم قال: قلت: علی بیت، قال: وسط من البیوت»

و مرسله الآخر عن بعض أصحابنا(۲)عنه علیه السلام «فی رجل تزوج امرأه علی دار، قال: لها دار وسط»

و خبر علی بن أبی حمزه(۳)«سألت أبا إبراهیم علیه السلام عن رجل زوج ابنه ابنه أخیه و أمهرها بیتا و خادما ثم مات الرجل، قال: یؤخذ المهر من وسط المال، قلت: و البیت و الخادم، قال: وسط من الخدم، قلت: ثلاثین أربعین دینارا، و البیت نحو من ذلک، فقال: هذا- یعنی البیت- سبعین ثمانین دینارا مأه»

المحکی علی مضمونها الشهره بین الأصحاب، بل فی الخلاف دعوی إجماع الفرقه بعد أن نسبه إلی روایه أصحابنا، بل قال: «إنه ما اختلفت روایاتهم و لا فتاواهم» و فی المبسوط فیما إذا أصدقها عبدا مجهولا: «قد روی أصحابنا أن لها خادما وسطا، و کذلک قالوا فی الدار المجهوله، و هو الذی نفتی به» و فی موضع آخر منه «لها عبد وسط عندنا و عند جماعه- إلی أن قال-: و کذلک إذا قال: تزوجتک علی دار مطلقا، فعندنا یلزم دارا بین دارین» و قد تبعه علیه ابنا زهره و البراج، بل لعله هو الظاهر من ابن إدریس أیضا، بل هو خیره المصنف فی النافع و الفاضل فی الإرشاد.

لکن ظاهر الجمیع الاقتصار علی هذه الثلاثه، بل لعله صریح المبسوط، نعم قال بعض الأفاضل من متأخر المتأخرین: الظاهر ان الاقتصار علی الخادم و الدار و البیت إنما کان لأن السؤال وقع عنها لا لخصوصیتها، و إلا فالملحفه و الخمار و القمیص

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب المهور الحدیث ۳ مرسل موسی بن عمر الا أن الموجود فی التهذیب ج ۷ ص ۳۷۵- الرقم ۱۵۲۰ موسی بن عمر عن ابن أبی عمیر عن بعض أصحابنا.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب المهور الحدیث ۱.

و الإزار و القرط و السوار و الشاه و البعير و نحو ذلک من الحلی و الحلل و الأنعام و غیرها أولی بذلک، لأنه أقل جهاله، و لاتحاد مدرک الرجوع إلیه إذ هو إما انصراف المطلق إلی الفرد الغالب، و لیس هو إلا الوسط بخلاف الأعلی و الأدنی، بل لا یکاد یتحقق الفرد الأقصی منهما، و إما لأنه الجامع بین الحقین، بل ظاهر النصوص المزبوره عدم الخصوصیه بما فیها، کما لا یخفی علی من تأملها.

و حینئذ فما فی جامع المقاصد- من طرح هذه الروایات، للطعن فی سندها بل و فی دلالتها، ضروره عدم انحصار الوسط، و شده اختلاف أفراده بما لا یتسامح فیه، و تبعه علیه ثانی الشهیدین و غیره- واضح الضعف، إذ هی- مع أن ابن أبی عمیر فی سندها و إرساله مقبول عند الأصحاب- منجبره بما عرفت من الشهره تحصیلا و نقلا و صریح الإجماع و ظاهره، و اختلاف أفراد الوسط بعد أن اجتزأ الشارع بأی فرد منها کالاجتهاد فی مقابله النص، إذ الوسط کالمطلق بالنسبه إلیها، نحو اجتزائه فی الزکاه، و إن أبیت عن الاجتزاء به کان المتجه الاجتزاء بکل فرد یتحقق به المطلق، نحو الوصیه و النذر، و التخییر بید الزوج، کما أن التخییر فیها بید الوارث، و اختلاف الأفراد- بعد أن کان المهر لیس من الأعواض التی یعتبر فیها العلم، بقرینه الاکتفاء بالمشاهده و القبض و الشی ء من الزبیب و نحوه، و ما یحسن من القرآن و السوره و الدار و الخادم و البیت، مع إطلاق تلک النصوص (۱)المعتبره تحدیده بما یتراضیان علیه، و عدم کونه رکنا فی العقد، و لذا لا یبطل ببطلانه- غیر قادح، و حدیث الغرر(۲)مع أنه من طرق العامه إنما هو النهی عن بیع الغرر أو ما کان کالبیع فی اعتبار المعلومیه التی لا تکفی فیها المشاهده، کالأجره فی الإجاره و حینئذ فیصح جعل المهر «شیئا» و نحوه، و یتعین علی الزوج أقل ما یتمول، علی أنه لیس فی شی ء من نصوص المقام اعتبار المعلومیه فیه، و إنما ورد(۳)ذلک فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۵ ص ۳۳۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب المتعه.

المتعه التی اکتفوا فیها بالمشاهده أیضا یمکن الفرق بینهما بکونه رکنا فی عقدها بخلاف نکاح الدوام.

و الحاصل أن ما ذکروه- من الاکتفاء بالمشاهده لعدم کونه معاوضه، و اعتبار حکم ثمن البیع فی غیر المشاهده، لأنه مع ذکره فی العقد یعتبر فیه ما یعتبر فی عوض المعاوضه، حتی أنه صرح فی جامع المقاصد باعتبار أوصاف السلم فیه عدا خصوص الخادم و الدار و البیت بناء علی العمل بتلک النصوص، أو حتی هی أیضا بناء علی طرحها- لا یتم إلا أن یکون إجماعا، و الله العالم بحقیقه الحال.

و کیف کان فلا خلاف أجده کما اعترف به بعضهم فی أنه یجوز أن یتزوج امرءتین أو أکثر بعقد واحد، بل صریح بعض و ظاهر آخرین عدم الفرق فی ذلک بین اتحاد الزوج و تعدده کما لو قال مثلا: «زوجت فاطمه زیدا و هندا بکرا» فقال وکیلهما: «قد قبلت» و المراد باتحاد العقد اتحاد إیجابه و قبوله أو أحدهما، فتعدده یکون بتعدد إیجابه و قبوله، و علی ذلک یمکن اجتماع البیع و النکاح و غیرهما من العقود بعقد واحد فضلا عن اجتماع المنقطع و الدائم بأن یقول: «بعتک العبد و آجرتک الدار و زوجتک فاطمه بکذا» فیقول الرجل مثلا:

«قبلت کل ذلک» لإطلاق الأدله و عمومها من الأمر بالوفاء بالعقود(۱)و غیره، و فرعوا علی ذلک جواز ذکر عوض واحد للجمیع، و یکفی معلومیته

فی هذا العقد و إن جهل التقسیط، فیصح مهر الامرأتین أو أزید بشی ء واحد، بل یصح جعله عوضا للنکاح و البیع و الإجاره، و ذلک لأن المتیقن من اشتراط المعلومیه حصولها فی ذلک العقد، و هو حاصل و إن جهل التقسیط، نحو ما سمعته فی کتاب البیع من جواز بیع المالین لمالکین من متحد أو متعدد بثمن واحد، و یسقط حینئذ علی ما یخص کل واحد بحسب قیمته.

نعم لو فرض تعدد العقد بتعدد إیجابه و قبوله وجب حینئذ معلومیه عوضه، و لا یکفی التقسیط حینئذ، فلا یجوز مثلا «زوجت فاطمه زیدا و زوجت هندا بکرا

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

بمأه» فقال کل منهما: «قبلت» ضروره تعدد العقد حینئذ، فلا یکفی معلومیه العوض بالنسبه إلی العقدین، مع احتماله أیضا اکتفاء بالمعلومیه فی هذه المقابله و إن تعدد العقد، لعدم دلیل علی اعتبار الأزید ذلک، کما لو قال: «بعت الدار زیدا و بعت العبد عمرا بمأه» فقال کل منهما: «قبلت» فتشتغل ذمه کل منهما بما یخص المبیع من التقسیط.

هذا و لکن المتجه بناء علی ما عرفت فسخ العقد بوجود العیب فی إحدی الزوجتین أو أحد الزوجین، ضروره اتحاد العقد، و لا یتصور تبعیضه فی الفسخ الطاری علیه، کما لو باع شیئین و کان أحدهما معیبا، و یلزم حینئذ رد نکاح الامرأه الصحیحه أو الرجل الصحیح من دون عیب و مع تراضی الزوجین و عدم إرادتهما الفسخ، بل یتجه حینئذ مع نظم العقود المتحده بقبول واحد فسخ النکاح منها و غیره بخیار فی البیع مثلا، لکون المفروض اتحاد العقد الذی لا یتبعض بالنسبه إلی ذلک، و لو سلم إمکان التزام تعدد العقد فی هذا الفرض و فرض تعدد الزوجه فلا محیص عن الحکم باتحاده مع تعدد الزوجه و اتحاد الزوج، فإن الإیجاب فیه و القبول کذلک و مقتضاه انفساخ نکاح الصحیحه بفسخه فی المعیبه فینافی ما دل علی عدم رد المرأه بغیر العیوب السابقه(۱)کما أنه قد یتوقف من نظم العقود بتعدد إیجابها و اتحاد قبولها و عوضها فی اندراجها تحت اسم أی عقد، و مع فرض خروجه عنها- لکنه یندرج تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۲)- یشکل جریان حکم کل عقد علی متعلقه، و یشکل فسخ النکاح بفسخ البیع و بالعکس.

و من ذلک و نحوه قد یشک فی أصل تعلق عقد النکاح الواحد بالمتعدد و إن لم یظهر فیه خلاف بینهم، بل قد یفرق بینه و بین البیع فی ذلک فضلا عن غیره بإمکان ملاحظه جهه الوحده فی المبیع و إن تعدد علی وجه یکون المجموع من حیث کونه کذلک، و لذا یثبت له خیار تبعض الصفقه بخلافه فی النکاح، فإن جهه الوحده فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب العیوب و التدلیس.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

النساء على معنى يكون المجموع من حيث كونه كذلك منكوحا غير صحيح و حينئذ يكون المدار فى جواز التعدد و عدمه فى العقود على ذلك، لكنه مناف لكلام الأصحاب الذى يمكن ملاحظه جهه

الوحده الاعتباريه فيه، أيضا، كما أنه يمكن اعتبار ملاحظتها فى الصحه، للعمومات التى لا ينافى العمل بها التزام ما سمعته من الأحكام مع فرض اتحاد العقد، نعم قد يمنع الاتحاد عرفا فى بعض الصور المزبوره، بل كل صوره تعدد فيها الإيجاب و القبول، ضروره عدم أولويه إلحاقه بالمتحد باعتبار الاتحاد فى أحدهما من إلحاقه بالمتعدد باعتبار التعدد فيهما، فالأولى حينئذ إلحاق حكم المتحد من جهه و التعدد من أخرى، فيجرى عليه حكم الواحد بالنسبه إلى مقابله المهر، فلا يقدح جهاله التقسيط و حكم المتعدد بالنسبه إلى الفسخ و نحوه، فتأمل جيدا فانى لم أجده محررا، و الله العالم.

و على كل حال ففى مفروض المسأله لو جمعهما بمهر واحد كقوله: «بمأه و فرس» و نحو ذلك فهل يكون باطلا و إن لم يبطل به عقد نكاح كما عن بعضهم؟

لأن المهر هنا متعدد فى نفسه و إن كان مجتمعا، و حصه كل واحده منه غير معلومه حال العقد، و علمها بعد ذلك لا يفيد الصحه، كما لو كان مجهولا و علم بعد ذلك.

بل قد يمنع صحه البيع للمالكين غير المشتركين بثمن واحد، كما هو المحكى عن خلاف الشيخ و غيره، لذلك و لأنه كالعقدين و الثمن غير معلوم بالنسبه إلى كل واحد منهما، بل عنه فى المبسوط أيضا إذا اختلفت القيمتان، و يكون لكل واحده مهر المثل مع فساد المسمى، أو أن المهر صحيح كالعقد كما هو مذهب الأكثر للعمومات التى لم يعلم تخصيصها بأزيد من العلم به جمله واحده فى العقد الواحد فى البيع، فضلا عن المهر الذى قد عرفت الحال فيه، و أنه يحتمل من الجهاله ما لا يحتمله غيره، لأنه ليس معاوضه محضه، و يعلم حينئذ حصه كل واحد منهما بعد ذلك، بل هو الموافق ل

قوله عليه السلام (۱)«المهر ما تراضى عليه الزوجان»

الصادق

۱- ۱ راجع التعليقه ۴ من ص ۱۷.

على ذلك، على أن المسمى فى مقابله البضعين من حيث الاجتماع، و لا يلزم من التقسيط الحكمى التقسيط اللفظى، و و لعل هذا هو الأقوى.

نعم هل يكون المهر بينهن بالسويه؟ كما عن مبسوط الشيخ و من تبعه باعتبار عدم كونه عوضا حقيقه، فيبقى حينئذ على الأصل فى الاستحقاق لو قيل لفلان و فلان كذا المقتضى للتسويه إذ لا ترجيح فى مقتضى التمليك و قيل:

يقسط على مهور أمثالهن فيعطى كل واحده ما يقتضيه التقسيط نحو البيع و هو مع كونه أشهر من الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، لظهور إراده معنى المعاوضه مع ذكر المهر، و لذا يقع البحث فى زيادته و نقصانه تبعا لزياده قيمه المعوض و نقصانها، و ليس للبضع قيمه إلا مهر المثل، فيقسط المسمى حينئذ

عليه، نحو تقسيطه فى المبيعين لمالكين، بل فى المسالك احتمال تقسيطه كذلك حتى على القول ببطلان المهر، قال: للفرق بينه و بين المجهول المطلق الذى لا يمكن تقويمه، فان المتجه فيه مهر المثل، بخلاف المقام الذى يمكن فيه توزيع المسمى على مهور أمثالهن، فيكون لكل واحده منه ما يقتضيه التوزيع، و حينئذ يتجه مع القول بالصحه و إن كان فيه ما لا يخفى، ضروره عدم اعتبار توزيعه بعد فرض فساده، و عدم عقد ملزم به، و ما ذكره بعد تسليمه يصحح جعله مهرا باعتبار عدم منع جهالته عن التقويم التى هى مدار المنع، لا توزيعه بعد فرض عدم الالتزام به لفساده، كما هو واضح.

هذا و لو زوج أمتيه من رجلين على صداق واحد صح النكاح و الصداق قولا واحدا كما اعترف به فى المسالك، لأن المستحق هنا واحد، فهو كما لو باع عبدين بثمن واحد، ثم قال فى المسالك: «و لو كان له بنات و لاخر بنين فزوجهن صفقه واحده بمهر واحد بأن قال: «زوجت بنتى فلانه من ابنك فلان و فلانه من فلان و هكذا بألف» ففى صحه الصداق كالسابقه وجهان، و أولى بالبطلان هنا لو قيل به ثم، لأن تعدد العقد هنا أظهر، لتعدد من وقع العقد له من الجانبين».

قلت: قد عرفت التحقيق فى ذلك، و أنه يمكن القول بالصحه مع فرض تعدد

العقـد بتعـدد إيجابه و قبوله، فضـلا عما فرضه من المثال المتحـد فيه الإيجاب اكتفاء فى العلم بالمهر بهذه المقابله، و أنه لا دليل على اعتبار الأزيد من هذ المعلوميه، خصوصا لو قلنا بالصحه فى البيع لو قال: «بعت زيدا العبد و بعت عمرا الدار بمأه فى ذمتيهما» و قال كل واحد منهما أو وكيله «قبلت».

كما أنه عرفت تحقيق الحال فيما لو تزوجها على خادم غير مشاهده و لا موصوفه و أنه قيل بل هو المشـهور كان لها خادم وسط، و كذا لو تزوجها على بيت مطلقا استنادا إلى روايه على بن أبى حمزه(۱)أو على دار على روايه ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى الحسن الكاظم عليه السلام (۲)بما لا مزيد عليه فلاحظ و تأمل، و الله العالم بحقيقه الحال.

و لو تزوجها على كتاب الله و سـنه نبيه صـلى الله عليه و آله و لم يسم مهرا كان مهرها خمس مأه درهم بلا خلاف أجده فيه، بل هو مجمع عليه مع قصـدهما عـالمين، بـل ظـاهر الأصـحاب ذلـك مطلقـا، بل فى الروضه و غيرها الإجماع عليه، لإطلاق الأدله و عمومها المؤيده لما سمعته سابقا من احتمال المهر من الجهاله ما لا يحتمله غيره، مضافا إلى

خبر أسـامه بن حفص (۳)القيم لأبى الحسن موسـى عليه السـلام المعتبر بوجود المجمع على تصـحيح ما يصـح عنه فى سـنده، و بالانجبـار بمـا عرفت قـال: «قلت له: رجـل يتزوج امرأه و لم يسم لهـا مهرا و كان فى الكلام أتزوجك على كتاب الله و سـنه نبيه صلى الله عليه و آله، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها، فما لها من المهر؟ قال: مهر السنه قال: قلت: يقول أهلها: مهور

نسائها قال: فقال: هو مهر السنه، و كلما قلت له شيئا قال: مهر السنه»

فلا وجه للإشكال فى ذلك بعد ما عرفت بأن تزويجها على الكتاب و السنه أعم من جعل المهر مهر السنه، كما لا يخفى، إذ كل نكاح مندوب إليه بل جائز فهو على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ راجع التعليقه ۲ من ص ۲۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المهور الحديث ۱.

ثم على تقـدير إرادتهما بـذلك كون المهر مهر السـنه ففى الاكتفاء بـذلك عن ذكر القدر فى العقد نظر، كما لو قال: «زوجتك على المهر الذى تزوج به فلان».

ثم الزوجان قد يعلمان أن مهر السنه هذا المقدار، و قد لا يعلمانه، و قد يعلمه أحدهما دون الأخر، و الحكم بالصحه مطلقا يحتاج إلى سـند صالـح، و كثير من المتقدمين كابن الجنيد و ابن بابويه و سـلار لم يذكروا هذه المسأله، ضـروره ظهور هذه العباره فى كون المراد على مـا أباحه الله من النكاح و دعى إليه و سـنه رسوله فيه من المهر و غيره و جرى عليه، و لما كان ذلك معلوما فى الشـريعه لم يضر خفاؤه عليهما لعدم الدليل على اعتبار المعلوميه فى المهر بأزيد من ذلك، بل إن لم يقم إجماع على فساد المهر لو قال: «مهر فلانه أو أمها» أو غير ذلك مما هو معلوم و مضـبوط كان المتجه فيه الصحه أيضا، لما عرفته فى محله، نعم لو فرض كون المراد بهذه العباره أنه نكاح غير سـفاح، و لم يقصد المهر لا عموما و لا خصوصا كان الواجب مهر المثل حينئذ، لعدم ذكر المهر فيه حينئـذ، لكنه خروج عن فرض المسأله الظاهر فيما سـمعت، و حينئذ يكون المهر مذكورا فى العقد، ثابتا به لا بالدخول، كمهر السنه الثابت للمفوضه فى بعض الصور، و لذا حكم بثبوته مع الموت فى الخبر المزبور(۱)فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو سـمى للمرأه مهرا و لأبيها أو غيره واسـطه على عمل مباح أو أجنبى شـيئا معينا لزم ما سـمى لها بلا خلاف، بل عن الخلاف الإجماع عليه و سقط ما سمى لأبيها بلا خلاف محقق أيضا، بل عن الغنيه الإجماع عليه، و الأصل فى ذلك

صحيح الوشاء(۲)عن الرضا عليه السلام «لو أن رجلا تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفا و جعل لأبيها عشره آلاف كان المهر جائزا، و الذى جعله لأبيها فاسدا»

مضافا إلى معلوميه كون المهر كالعوض الذى لا يصح أن يملكه فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المهور الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور الحديث ۱.

عقد المعاوضه غير من له المعوض، و قد سمعت ما فى

خبر السكونى (۱)من أنها «هى أحق بمهرها»

و الشرط فى العقد إنما يلزم إذا كان لمن له العقد، و فرض ذلک على وجه يرجع إلى الزوجه- حتى أنه ربما كان السبب فى رضاها بذلک

المهر- يخرجه عن مفروض المسأله الذى هو جعل ذلک لأبيها على نحو جعل المهر لها.

و لا ريب فى بطلانه بما عرفت، من غير فرق بين المجعول لأبيها تبرعا محضا أو لأجل وساطه و عمل محلل، و لا بين كون المجعول مؤثرا فى تقليل مهر الزوجه بسبب جعله فى العقد و قصدها إلزامه به و عدمه، كما هو مقتضى الصحيح المزبور على ما اعترف به فى المسالک و غيرها، بل فيها أيضا «و لم يخالف فى ذلک أحد من الأصحاب إلا ابن الجنيد- قال-: و لا يلزم الزوج غير المهر من جعاله لولى أو واسطه، و لو وفى الزوج بذلک تطوعا كان أحوط، ل

قول النبى صلى الله عليه و آله(۲): «أحق الشروط ما نكحت به الفروج»

فان طلقها قبل الدخول عليها لم يكن لها إلا نصف الصداق، دون غيره، فان كان قد دفع ذلک يرجع عليها بنصف الصداق، و كل الجعاله على الواسطه- نعم فى آخر كلامه قال-: قد يشكل الحكم فى بعض فروض المسأله كما لو شرطت لأبيها شيئا و كان الشرط باعثا على تقليل المهر، و ظنت لزوم الشرط، فان الشرط حينئذ يكون كالجزء من العوض الذى هنا هو المهر، فإذا لم يتم لها الشرط يشكل تعيين ما سمته من المهر خاصه، كما سبق فى نظائره من المعاوضات، و ذلک لا ينافى الروايه، لأن ما عينته من المهر ثابت على التقديرين، و انما الكلام فى شى ء آخر، و لو لا الروايه الصحيحه لكان القول بفساد المهر و وجوب مهر المثل

قويا، لاشتمال المهر على شرط فاسد، فيفسده كما يفسد العقد لو كان العوض من لوازمه» و تبعه غيره فى هذا الاشكال.

قلت: بل لا صراحه فى كلام أبى على فى الخلاف بعد ظهور إراده الندب من.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۷ ص ۲۴۸ و فيه « أحق الشروط ان يوفى بها ما استحللتم به الفروج».

الاحتیاط فی کلامه المبنی علی عدم إراده الجعاله الاصطلاحیه، و احتمال وجوبه باعتبار کونه جعلا مصطلحا علی عمل محلل، فیجب حینئذ مع الفعل خروج عن مفروض المسأله الذی هو الوجوب من حیث التسمیه فی العقد.

و من ذلک یعلم ما عن المختلف فی المسأله من أن الوجه أن نقول: «إن کان قد جعل للواسطه شیئا علی فعل مباح و فعله لزمه، و لم یسقط منه شی ء بالطلاق، لأنه جعاله علی عمل محلل مطلوب فی نظر العقلاء، فکان واجبا بالعقد کغیره، و إن لم یکن علی جهه الجعاله بل ذکره فی العقد لم یکن علیه شی ء، سواء طلق أو لا» ضروره خروج الوجوب بالجعاله أو الإجاره أو نحوهما عن مفروض المسأله الذی هو ما عرفت.

کما أنه قد یدفع إشکاله أن زعمها لزوم ذلک الجعل لا یقتضی فسادا فی المهر و إن کان ذلک سببا فی رضاها به، ضروره کون ذلک من الدواعی التی لا تؤثر شیئا، إذ المهر لیس من العقود، و لا یؤثر فساده فی العقد شیئا، فالرضا به لزعم شی ء آخر لا یقتضی فسادا، و إن قلنا: إن الشرط الفاسد فی عقد یقتضی فساد العقد، لکن ذلک إنما هو لتعلیق رضا التعاوض علیه، و لیس رضا معاوضه هنا کما هو واضح.

بل قد یظهر مما ذکرنا الوجه أیضا فی المسأله الثانیه و هی لو أمهرها مهرا و شرط أن یعطی أباها منه شیئا معینا فان المشهور کما فی المسالک و غیرها علی البطلان أیضا، بل لم یعرف فیه خلاف إلا ما یظهر من المحکی عن أبی علی، و هو الذی أشار إلیه المصنف بقوله قیل: یصح المهر و یلزم الشرط بخلاف الأول نعم فی المسالک عن ظاهر الشهید فی شرح الإرشاد المیل و کذلک المحقق الشیخ علی لعموم

قوله صلی الله علیه و آله (۱): «المؤمنون عند شروطهم»

و النبوی (۲)«أحق الشروط ما نکحت به الفروج»

و فیه (أولا) أنه لا صراحه فی کلام ابن الجنید بذلک،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۴۸ و فیه « أحق الشروط أن یوفی بها ما استحللتم به الفروج».

إذ المحكی عنه أنه قال بعد العباره السابقه: «فإن كانت المرأه اشترطت رجع عليها بنصف صداقها و نصف ما أخذه من شرطت له ذلک لأن ذلک كله بعض الصداق الذی لم ترض

بالنكاح إلا به» و هو صريح فی كون الشرط للمرأه، و ليس ذلک الذی حكم الأصحاب بفساده، حتی عده بعضهم من الشرط المخالف للكتاب و السنه، و إنما هو جعل الشرط للأجنبی علی وجه يكون حق الشرطيه نفسها للأجنبی، لا أن الشرط للمرأه و المشترط له، و ذلک لا ريب فی بطلانه، لما عرفت من عدم صحه الشرط لغير المتعاقدين، كما لا ريب فی صحه الثانی، ضروره كونه شرطا للامرأه لها إسقاطه و لها المطالبه به، و إن كان المشترط لغيرها نحو بيع الشی ء مثلا و شرط بناء دار زيد علی المشتری، فان الشرط للبائع نفسه، و هو الذی ذكره ابن الجنيد، فلا يكون مخالفا للأصحاب، كما أن الظاهر عدم خلاف من عرفت فی ذلک و إن حكموا بالصحه، لكن فيما حكم به ابن الجنيد، بل الظاهر أنه لم يخالف فيه أحد منهم، و إنما المحكوم ببطلانه الجعل للأب تسميه أو شرطا علی الذی ذكرناه، كما هو ظاهر الصحيح المزبور و الفتاوی، فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع.

و علی كل حال فبناء علی اعتبار المعلوميه لا بد من تعيين المهر بما يرفع الجهاله، فلو أصدقها تعليم سوره وجب تعيينها رفعا للجهاله، ضروره اختلاف أفرادها اختلافا شديدا و حينئذ ف لو أبهم فسد المهر، و كان لها مع الدخول لا بدونه مهر المثل بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، و إن كان قد يشكل أصل الحكم بما سمعت، بل قد تقدم ما فی

خبر سهل الساعدی (۱)من تزويج النبی صلی الله عليه و آله إياه علی ما يحسنه من القرآن

الذی استدل به فی الرياض علی اغتفار مثل هذه الجهاله فی المهر، كما أنه قد يشكل ما ذكره غير واحد من وجوب المتعه فی الفرض لو طلق قبل الدخول، بعد صدق التفويض عليه بناء علی أنه ذكر المهر فی العقد، اللهم إلا أن يقال إن الفاسد بحكم العدم، و ستسمع إن شاء الله

۱- ۱ المستدرک الباب ۲ من أبواب المهور الحديث ۲ و سنن البيهقی ج ۷ ص ۲۴۲.

التحقیق فیه.

و هل یجب تعیین الحرف أی القراءه من

قوله علیه السلام (۱): «نزل القرآن علی سبعه أحرف»

بناء علی أن المراد منه القراءات السبع و إن کان فی نصوصنا(۲)نفی ذلک، و أن المراد أنواع التراکیب من الأمر و النهی و القصص و نحوها؟

قیل و القائل بعض الأصحاب نعم یجب ذلک مع فرض عدم فرد ینصرف إلیه الإطلاق، لشده اختلافها و تفاوت الأغراض فیها. و قیل و القائل الأکثر کما فی کشف اللثام لا یجب للأصل و عدم تعیین النبی صلی الله علیه و آله ذلک علی سهل (۳)مع أن التعدد کان موجودا فی ذلک

الزمان و اغتفار هذه الجهاله بعد فرض جواز الجمیع، و حینئذ فیلقنها الجائز منها، سواء کان إحدی السبع أو الملفق منها، بل فی المسالک أن المتواتره لا تنحصر فی السبع، بل و لا فی العشر کما حقق فی محله و هو أشبه بإطلاق الأدله و عمومها السالمه عن معارضه اعتبار الأزید من ذلک، و الاقتصار علی المتواتر لانصراف إطلاق التعلیم إلیه، ثم إن التخییر إلیه، ضروره کون الواجب فی ذمته أمر کلی موکول إلیه کغیره من الدین الکلی.

و لو أمرته بتلقین غیرها أی غیر القراءه المعینه لو کانت أو غیر القراءه التی اختارها وفاء لما وجب علیه لم یلزمه إجابتها لأن الشرط لم یتناولها کی یجب علیه امتثالها، کما هو واضح.

و حد التعلیم أن تستقل بالتلاوه، لأنه المفهوم عرفا، و لا یکفی تتبع نطقه، و لو نسیت الآیه الأولی بعد استقلالها بالتلاوه عقیب تلقین الثانیه لم یجب إعاده التعلیم، لأن تعلیم السوره لا یمکن إلا بتعلیم آیه آیه، فإذا کان المفروض

۱- ۱ الخصال ص ۳۲۷ ط النجف.

۲- ۲ الکافی ج ۲ ص ۶۳۰.

۳- ۳ المستدرک الباب- ۲- من أبواب المهور الحدیث ۲ و سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۴۲.

استقلالها بتلاوه الآیه الأولی مثلا حصل التعلیم بالنسبه إلیها، و لا دلیل علی وجوب الإعاده، نعم لا یکفی نحو کلمه و کلمتین، لأنه لا یعد فی العرف تعلیما، بل مذاکره، لکن مع ذلک لا یخلو من إشکال، لأن المفهوم من التعلیم هو الاستقلال بالتلاوه، فتعلیم السوره إنما یتحقق باستقلالها بتلاوتها بتمامها، و للعامه وجه علی ما قیل بأنه لا یتحقق التعلیم بأقل من ثلاث آیات، لأنها مقدار أقصر سوره، و هی أقل مما یقع به الإعجاز.

و لو أصدقها تعلیم صنعه لا یحسنها أو تعلیم سوره کذلک جاز لأنه ثابت فی الذمه سواء أصدقها التعلیم مطلقا بنفسه أو بغیره أو التعلیم بنفسه، أما الأول فظاهر، إذ لا یتوقف تحصیل التعلیم علی علمه، نعم إن تعذر الغیر ففی وجوب تعلمه لیعلمها إشکال، من أنه کالتکسب لوفاء الدین، أو من توقف الواجب علیه، و هو الوجه، و أما الثانی فلأنه یکفی القدره علی المهر، و لا یشترط الفعلیه، و عن المبسوط وجه بالعدم، و عن القاضی الاحتیاط به، إذ لا یصح إصداق منفعه شی ء بعینه و هو لا یقدر علیها، کاصداق منفعه عبد لا یملکه و الفرق ظاهر، فإن منفعه الغیر لا تثبت فی الذمه.

نعم لو تعذر علیه التوصل إلی تعلیمها بنفسه و غیره، بل فی القواعد أو تعلمت من غیره کان علیه أجره مثل ذلک التعلیم لأنها قیمه المهر حیث تعذر عنه، بل ظاهر الأصحاب عدم الفرق فی ذلک بین أن یکون قد اشترط تعلیمها بنفسه فعرضت له ما منعه من ذلک و غیره، بل لا فرق بین أن یکون منفعه عین مخصوصه و تعذرت و غیرها، کل ذلک لأدله وجوب المهر، و کونه مضمونا علی الزوج حتی یوصله إلی الزوجه بالمثل أو القیمه، و لیس الإمهار من قبیل عقد الإجاره الذی ینفسخ بتلف العین المستأجره و یتعذر وقوع العمل من الأجیر المشروط علیه المباشره، للأدله الداله علی ذلک بخلاف ما هنا، فان عقد النکاح المذکور فیه المهر لا ینفسخ بذلک قطعا، لما عرفته من عدم کون

المهر ركنا فيه، و المهر ليس هو عقـدا بنفسه، و إنما هو واجب بعقد النكاح، و مضـمون على الزوج ضـمان يد، فمتى تعذر انتقل إلى المثل أو القيمه، و فى الفرض أجره مثل العمل المتعـذر قيمته، كما هو واضح. و حينئذ فما فى جامع المقاصد و كشف اللثام من احتمال وجوب مهر المثل واضح الضعف.

نعم قـد يشـكل وجوبها فيما لو تعلمت بنفسـها مع بذل الزوج التعليم و اسـتناد التقصـير إليها بترك التعلم، و كذا لو أمهرها منفعه عين مخصوصه مده و قد بذلها لها فلم تسـتوف منفعتها، و الظاهر سـقوط مهرها فى الثانى، أما الأول فقد سمعت ما فى القواعد و إطلاق غيرها، و لعل وجهه ما عرفت لكنه محتاج إلى التأمل.

و على كل حال فهل يعتبر فى تعليم غيره لها المحرميه الظاهر عـدمه مع فرض عـدم توقفه على ما يحرم من نظر أو لمس و فرض تجرده عن الريبه و الفتنه كما سمعته فى محله، و الله العالم.

و لو أصـدقها ظرفا مخصوصا على أنه خل مثلا فبان خمرا فلا خلاف فى صـحه العقـد، بل فى جامع المقاصد و غيره هو كذلك قولا واحدا إنما الكلام فى المهر ف قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و خلافه كان لها قيمه الخمر عند مستحليه لأنها أقرب شى ء إليه عند التعذر، و لأنها عقدا على شخصى باعتبار ماليته، فمع تعذره لظهور بطلان المعاوضه عليه يصار إلى القيمه.

و فيه أن الخمر غير مقصود أصـلا، و لا وقع عليه التراضى، فكيف ينتقل إلى قيمته، و اعتبارها فرع صحه العقد على العين، بل هو غير العقد على الخمر عالمين به الذى قد عرفت البحث فيه أيضا، فإنهما قد تراضـيا على العين، فلا يمنع الانتقال إلى القيمه لتعذر العين.

و لذا أعرض عنه المصنف و قال و لو قيل: كان لها مثل الخل كان حسنا بل هو المحكى عن ابنى الجنيد و إدريس و الفاضل فى المختلف، لأنهما عقدا على الخل بهذا القدر و ظناه خلا، فإذا ظهر خمرا لزم مثله، إذ هو مثلى فات،

فیلزم مثله الذی هو أقرب الأشیاء إلیه، و لأن المعقود علیه خل منحصر فی هذا الشخص، فإذا لم یتم الانحصار بقیت الخلیه، بل رضاهما بالجزئی المعین الذی یظنان کونه خلا رضا بالخل الکلی مهرا، إذ هو مستلزم للجزئی، فالرضا به مستلزم للرضا به، فإذا فات الجزئی لعدم صلاحیه الملک بقی الکلی الذی هو أحد الأمرین الذی وقع التراضی بهما.

و فیه أن المفروض وقوع العقد علی خصوص ما فی الظرف لا علی خل بهذا القدر، فالمعقود علیه حینئذ الکلی المقترن بالمشخصات الموجوده، و هذا یمتنع بقاؤه إذا ارتفعت المشخصات، و المحکوم بوجوبه هو الکلی فی ضمن شخص آخر لم یقع علیه التراضی أصلا، فإیجابه حینئذ إیجاب لما لم یتراضیا علیه، و کونه أقرب إلی المعقود علیه لا یستلزم وجوبه، لأن المهر الذی یجب بالعقد هو ما یتراضیا علیه، و لا یلزم من التراضی بأحد المثلین التراضی علی الأخر.

و ما فی المسالک- من «ان الجزئی الذی وقع علیه التراضی و إن لم یساوه غیره من أفراد الکلی إلا أن الأمر لما دار بین وجوب مهر المثل أو قیمه الخمر أو مثل الخل کان اعتبار المثل أقرب الثلاثه، لأن العقد علی الجزئی المعین اقتضی ثلاثه أشیاء: ذلک المعین بالمطابقه، و إراده الخل الکلی بالالتزام، و کون المهر واجبا بالعقد بحیث لا ینفک المرأه من استحقاقه، حتی لو طلق کان لها نصفه، أو مات أحدهما فجمیعه، فإذا فات أحد الثلاثه و هو الأول یجب المصیر إلی إبقاء الأخیرین بحسب الإمکان، إذ

«لا یسقط المیسور بالمعسور»(۱)

و عموم «إذا أمرتکم بشی ء فأتوا منه ما استطعتم»(۲)

و هما لا یوجدان فی ضمن وجوب مهر المثل، لأنه لا یجب إلا بالدخول عند القائل به، و إمکان وجودهما فی ضمن قیمه الخمر قد عرفت فساده، فلم یبق إلا المثل، و لا شبهه فی أن الرضا بالخل المعین فی الظرف یستلزم إراده

۱- ۱ رواه النراقی قده فی عوائده ص ۸۸ عن غوالی اللئالی عن أمیر المؤمنین علیه السلام.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۴ ص ۳۲۶.

كون الخمر خلا- بخلاف القيمه و نحوها»- من غرائب الكلام، فإنه على طوله لا محصل له، و لا ينطبق على شى ء من القواعد الشرعيه، بل هى منافيه لها، فلا- ريب فى أن الأحسن من ذلك وجوب مهر المثل، وفاقا للفاضل فى أكثر كتبه، لعدم الرضا بالكلى إلا فى ضمن الشخصى المعين المفروض بطلانه بخروجه عن الماليه، فيرجع الأمر إلى ذكر مهر لم يسلم لهما، فينتقل إلى مهر المثل.

و إشكاله فى المسالك- بأن مهر المثل ربما كان زائدا عن قيمه الخل كثيرا فلا يكون مقصودا للزوج أصلا أو ناقصا كثيرا فلا يكون مقصودا للزوجه و لا مرضيا به و قد

قال عليه السلام (۱): «المهر ما تراضى عليه الزوجان»

و لا- يرد مثله فى وجوب مثل الخل، لأن ذلك أقرب إلى ما تراضيا عليه، بل ربما لم يخالف ما تراضيا عليه إلا بمشخصات لا دخل لها فى المقصود و لا فى الماليه، فيلغو عند حصول هذا العارض- واضح الفساد، ضروره عدم القصد و الرضا فى وجوب مهر المثل الثابت بالشرع قهرا عليهما، و الأقربيه لا دخل لها فى إيجاب غير المذكور فى العقد، و الكليه التى فى ضمن الجزئى بعد فرض وقوع القصد و الرضا عليه غير ملاحظه و لا منظور إليها كما هو واضح لا يحتاج إلى بيان.

و كذا الكلام فيما لو تزوجها على عبد فبان حرا أو مستحقا بل الرجوع فى مثله إلى مهر المثل أقوى من الأول، إذ لا مثل للحر كى يدفع عوضه و لا قيمه، و دفع قيمته بعد تنزيله عبدا لم يقع عليها العقد.

هذا و فى المسالك بعد ما سمعت «هذا كله فى المثلى كالخمر أما القيمى كالعبد إذا ظهر حرا فالانتقال إلى قيمته لقيامها مقام المثل فى المثلى، و ليس هذا كالقول الثالث، لأن ذاك يعتبر قيمه العين بالوصف الواقع الذى امتنع صحته عليه بواسطته، و هنا اعتبرت القيمه باعتبار الوصف المقصود لهما، و على هذا فيسقط القول الثالث فى القيمى، لأن الحر لا- قيمه له، نعم لو ظهر مستحقا كان اعتبار قيمته جاريا على القولين، و على هذا فالقول بالمثل متعذر فى القيمى مطلقا، و بقيمه الواقع

۱- ۱ راجع التعليقه ۴ من ص ۱۷.

فی الحر، فلیس فیه إلا القول بقیمته عبـدا أو مهر المثل، فإطلاقهم تشبیه الحکم فی مسأله الحر بظرف الخمر لا یأتی علی إطلاقه، بل یحتاج إلی تنقیح» قلت:

هو متأت بنـاء علی وجوب مهر المثـل لفسـاد المسـمی، سواء کـان مثلیـا أو قیمیا، أما علی القولین الآخرین فلیس إلا القیمه و لو بفرض العبـد حرا، نعم قـد یتأتی بناء علی ما سـمعته منه فی توجیه القول الثانی احتمال وجوب عبد علیه بأوصاف الحر الذی وقع علیه العقد، و إن کان هو کما تری کأصله.

بقی شـی ء و هو أن ظـاهر العلامـه فی القواعـد الفرق بینما لو ظهر خمرا أو حرا و بینه لو خرج مسـتحقا، فحکم فی الأولین بمهر المثـل و فی الأخیر بالمثل أو القیمه، و احتمل مهر المثل احتمالا، و لم یظهر لنا وجه الفرق، ضـروره اقتضاء ما سـمعت مهر المثل مطلقا إذ لیس هو من قبیل ما إذا تلف المهر فی ید الزوج بعد صحته فی العقد کما هو واضح.

و علی کل حال فلو أمهرها عبدین مثلا فبان أحدهما حرا لم ینحصـر الصداق فی الأخر کما عند أبی حنیفه لأنها لم ترض به، بل یجب لها بقدر حصه الحر من مجموع المسـمی إذا قوما من مهر المثل بناء علی المختار، إذ هو مقتضـی الجمع بین الأدله و کون المـذکور فی العقـد قائمـا مقام مهر المثل، یعنی أنه لولاه لوجب هو بالـدخول، فان فات أجمع ثبت بتمامه، و إن فات بعضه ثبت فیه بمقدار الفائت علی النسـبه، هذا کله علی المختار، و إلا فبناء علی وجوب دفع القیمه فیجب دفع قیمه الفائت، کما هو واضح، و فی محکی التحریر «هل لها المطالبه بقیمتها و دفع الأخر؟ إشـکال» قلت: لا إشـکال عندنا بناء علی عدم الفساد بتبعیض الصفقه عنـدنا، و لاـ دلیـل علی الخیار، نعم یحکی عن الشافعیه هنا أقوال بناء علی الخلاف فی تفریق الصـفقه، فإن بطل به بطل هنا، فلها مهر المثـل أو قیمتهمـا علی القولین، و إن اختـارت فإما أن یلزمها الرضا بالباقی خاصه أو لیس علیها ذلک، بل لها المطالبه بقیمه الأـخر أو مـا یخصه من مهر المثـل، و قـد عرفت أن المتجه الأـخیر، اللهم إلا أن یثبت بها خیار فی المهر بهـذا التبعیض، فتفسـخه حینئذ و ترجع إلی مهر المثل، بل

لعل المتجه حينئذ ما سمعته من أبى حنيفه من الرضا خاصه أو الفسخ و الرجوع إلى مهر المثل، و الله العالم.

و إذا تزوجها بمهر سرا و بآخر جهرا كان لها الأول عندنا، سواء كان هو الزائد أو الناقص، بلا خلاف و لا إشكال إذا كان قد أوقع العقد معها بمهر معين سرا ضروره كون الثانى لغوا فلا يفيد شيئا، نعم عن بعض العامه الخلاف فى ذلك، و لهم فيه تنزيلات مختلفه لا تنطبق على الأصول و الضوابط الشرعيه، و إن كان المراد بذلك الاتفاق على ذكر ألفين مثلا ظاهرا و على الاكتفاء بألف باطنا فى عقد واحد بأن يتواطئا على إراده الألف بعباره الألفين.

ففى المسالك «فيه وجهان مبنيان على أن اللغات هل هى توقيفيه أو اصطلاحيه؟ و على أن الاصطلاح الخاص يؤثر فى الاصطلاح العام و بغيره أم لا؟ فعلى الأول يفسخ المهر، لأن الألف غير ملفوظه، و الألفين غير مقصوده، و لم تقع عباره عنا لمباينتها لها، و ينتقل إلى مهر المثل، و على الثانى يحتمل الصحه، و يكون المهر الألف، لاصطلاحهما عليه، و كون الألفين بوقوع العقد عليه باتفاقهما، و الوضع العام لا يتغير، و هذا الاحتمال يجرى أيضا على الأول، و قطع فى المبسوط بوقوع ما يلفظانه، و لا يلتفت إلى ما اتفقا عليه سرا، محتجا بأن العقد وقع صحيحا سرا كان أو علانيه، و فيه نظر يعلم مما قررناه- إلى أن قال- و هذه الصوره لم يتعرض لها من أصحابنا غير الشيخ، و كانت أحق بالبحث من الأولى لدقه مدركها و خفاء حكمها».

قلت: عدم تعرض الأصحاب لوضوحها، ضروره اعتبار الألفاظ بسبب دلالتها على إراده اللافظ مدلولها، فمع فرض العلم بعدم إرادتهما المعنى من اللفظ لا جهه لالتزامهما بمعناه، و لا مدخليه لتوفيقيه اللغات و اصطلاحيتها فى ذلك، إذ مع تسليم الأول إنما يكون ذلك على سبيل الغلط فى اللغه منهما، و لا يعتبر فيما عدا صيغه النكاح من مهر و غيره الجريان على القانون العربى، و لعله إلى ذلك أشار

الباقر عليه السلام فى خبر زراره(۱)فى «رجل أسر صداقا و أعلن أكثر منه فقال: هو الذى أسر،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب المهور.

و كان عليه النكاح».

و ما فى كشف اللثام- من أن الصواب حمله على أن يعقد سرا و إراده ذلك من

قوله: «و كان عليه النكاح»

- مناف لظاهره أو صريحه، كما أن ما فيه أيضا- من أنه لا يبعد القول بفسادهما، لخلو العقد عن الأول، و خلو لفظه عن قصد الثاني- واضح الضعف أيضا، لعدم خلو العقد بعد تواطى المتعاقدين على إرادته من اللفظ و إن كان لا يفيده لغه لا حقيقه و لا مجازا.

و أوضح منه فسادا ما سمعته من المبسوط الذى حكى مثله فى كشف اللثام عن المهذب من كون اللازم المذكور فى العلانيه، لأنه الذى وقع عليه العقد، و لا يعدل فى الألفاظ عن موضوعاتها باصطلاح خاص بين اثنين، ضروره أنه لا وجه لالتزامهما بما لم يريداه و لم يتراضيا عليه، و ليس ذا عدولا عما كان بينهما فى السر، إذ هو خلاف المفروض، و كان عدم تعرض الأصحاب لهذه الصوره لوضوحها و إن قال فى المسالك ما سمعت، لكن قد عرفت وضوح الأمر فيها.

نعم قد يتصور صوره أولى بالنظر منهما، و هى ما لو تواطئا فى السر مثلا على شى ء خاص و أظهرا فى العلانيه غيره مريدين ذكره فى العقد قاصدين معناه، إلا أنهما قد تواطئا على عدم الالتزام به، و لم يريدا به ما تواطئا عليه فى السر على وجه يكون كالاستعمال فيه، ضروره إشكال ما تواطئا عليه سرا لعدم ذكره فى العقد و لو استعمالا غلطا، كالإشكال فى التزام ما وقع بالعلانيه بعد فرض عدم قصدهما معا إلى عدم إيراد الالتزام به بالعقد و إن ذكراه فيه قاصدين معناه لكنه صورى، مع احتماله أخذا بما وقع فيه و إن لم يقصدا الالتزام به، لكون العقد ملتزما شرعيا غير متوقف على القصد، و إن كان الأقوى الأول.

كما أن الأقوى كون مثل هذا العقد مما لم يذكر فيه مهر، فلا يلزم بما فى السر و العلانيه إلا إذا أراداه فيه و بنياه عليه على وجه يضمراه فيه بقرينه بينهما، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و المهر مضمون على الزوج حتى يسلمه إلى الزوجه عينا كان أو دينا أو

منفعه أو عملا بلا خلاف و لا إشكال، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى أصول المذهب و قواعده فى الجمله.

إنما الكلام فى أنه هل هو ضمان معاوضه لقوله تعالى (۱)«وَ آتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و إطلاق اسم الثمن عليه، و التعبير بلفظ المعاوضه فى نحو «زوجتك بكذا» و جواز من التمكين قبل القبض، و رده بالعيب كما ستعرف، و نحو ذلك، أو ضمان يد كالعاريه المضمونه، و المقبوض بالسوم و نحوهما، لتسميته نحله، و جواز خلو العقد عنه، و عدم انفساخه بتلفه، و عدم سقوطه بامتناعها من التمكين إلى الموت، و نحو ذلك؟ المعروف عندنا الثانى، بل لم أجد الأول قولا لأحد من أصحابنا، و إنما هو لبعض العامه، إذ لو كان ضمان معاوضه لاقتضى تبعيض العقد، ضروره عدم انفساخه بتلفه، الذى هو ليس بأولى من عدمه من أول الأمر، و إنما ينفسخ بالنسبه إليه خاصه، و هو تبعيض للعقد من غير دليل شرعى، فليس هو حينئذ إلا ضمان معاوضه.

و لذا قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه بعد أن حكى عن العامه الخلاف:

«و الذى يقتضيه مذهبنا فى كل مهر معين إذا تلف فإنه يجب قيمته، و لا يجب مهر المثل، و أما المهر إذا كان فاسدا فإنه يوجب مهر المثل بلا شك» و ما سمعته منا و من الفاضل من وجوب مهر المثل فيما لو بان خمرا و نحوه

إنما هو إذا بان فساده، لا ما إذا كان صحيحا ثم تلف، و البحث السابق فى الصحه و لو باعتبار إراده القيمه أو المثل و الفساد، و قد عرفت أن الأقوى الأخير.

و حينئذ ف فى الفرض لو تلف قبل تسليمه بفعل المرأه برى ء و كان الإتلاف منها كالقبض، و إن تلف بفعل أجنبى تخيرت بين الرجوع على الأجنبى أو الزوج و إن كان لو رجعت على الزوج رجع هو به على الأجنبى، و إن تلف بفعل الزوج أو بغير فعل أحد كان ضامنا له بمثله إن كان مثليا، و بقيمته إن كان قيميا، و الأقوى اعتبار قيمته وقت تلفه و إن طالبته

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۲۵.

به فمنعه لا لعذر كما فى نظائره على قول مشهور لنا، لأنه وقت الانتقال إليها، و أما القول بضمان أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف أو من حين المطالبه به إن كانت إليه فقد عرفت فساده فى نظائره المسأله فى محالها، نعم لو كان نقصان القيمه لنقصان فى العين و لو السمن لا لتفاوت السوق ففى احتمال ضمان ذلك الفائت قوه كما ذكرناه فى محله، و يأتى إن شاء الله فى الغصب له تتمه.

هذا و فى المسالك «أن القول بالقيمه يوم التلف ليس هو المشهور و إن كان هو المنصور، بل المشهور خلافه، و سيأتى فى الغصب نقل المصنف عن الأكثر ضمان المغصوب بقيمته يوم الغصب لا يوم التلف، فناسبه القول هنا بضمان قيمته يوم العقد، لكن لا قائل به هنا معلوما، و كيف كان فاعتبار يوم التلف ليس هو القول المشهور و لا محل توقف عند المصنف، فان اقتصاره على نسبته إلى القول يؤذن بتوقف فيه أو تمريض، و إنما المراد ما ذكرناه سابقا من حكم ضمان القيمه أو المثل لا مهر المثل فإنه محل البحث و الاشكال» قلت: قد عرفت أنه ليس محل بحث و لا إشكال عندنا لما يناسب المصنف التوقف فيه، و أما القول بالضمان يوم التلف فهو إن لم يكن المشهور فهو قول مشهور لنا، و قوته ظاهره كما حرر فى محله.

و لو وجدت به عيبا سابقا كان لها رده بالعيب، و الرجوع إلى قيمته بناء على ضمان اليد، و لها إمساكه بالأرش، لأن العقد انما وقع على السليم، فإذا لم تجده كذلك أخذت عوض الفائت، و هو الأرش، كذا ذكروه بلا خلاف فيه.

لكن قد يشكل (أولا) باقتضاء رده فسخ العقد بالنسبه إليه، و هو تبعيض محتاج إلى الدليل، و (ثانيا) أن مقتضى ذلك الرجوع إلى مهر المثل، ضروره أنه بعد رده يكون العقد خاليا عن المهر، و الرجوع إلى القيمه إنما هو فى الواجب بالعقد التالف فى يد الزوج، بل قد يشكل الأرش أيضا و إن ثبت فى المبيع بدليل خاص، مضافا إلى أنه جزء من الثمن مقابل الجزء الفائت من المبيع، فالمتجه ملاحظته هنا بالنسبه إلى مهر المثل، نحو ما سمعته سابقا فيما لو أمهرها بعبدين فبان حريه أحدهما (و بالجمله) إثبات هذا الحكم الذى هو الخيار بين الرد

و أخـذ القيمه و بين الإمسـاک و أخـذ الأرش بغير دليل مشـكل، لعـدم وفاء القواعـد به، اللهم إلا أن يكون إجماعا، فهو الحجه حينئذ، هذا كله فى العيب قبل العقد.

و أما لو عـاب بعـد العقـد قيل و القائل الشـيخ فى محكى الخلاف و موضع من المبسوط و القاضـى فى محكى المهـذب كانت بالخيار أيضا فى أخـذه مع الأرش، لكونه مضـمونا عليه ضـمان يـد أو أخـذ القيمه بعد رده، لأن العقد وقع عليه سـليما فإذا تعيب كان له رده، و لو قيل: ليس لها القيمه لأصاله لزوم ملكها له و إنما لها عينه و أرشه لكونه مضـمونا ضـمان يـد كان حسـنا بل فى القواعد أنه الأقرب، و هو كذلک.

و كيف كان ف لها أن تمتنع (۱۱) قبل الدخول بها من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها (۱۲) اتفاقا، كما فى كشف اللثام و غيره، لأـن النكـاح مع الاصـداق معـاوضه بالنسـبه إلى ذلـک، لاتحاده معها فى الكيفيه المقتضـيه أن لكل من المتعاوضـين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض، و ل

خبر زرعه عن سـماعه[(۱)]«سـأله عن رجـل تزوج جـاريه أو تمتع بهـا ثم جعلته فى حـل من صـداقها يجوز أن يـدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه»

و للحرج و العسـر و الضـرر و الظلم عليهـا إن لم يكن لهـا الامتنـاع، لأـن للبضع عوضـا بالإجمـاع، كـان النكـاح معـاوضه أو لا و لاستفاضه

الأخبار[(۲)]، بأن ما يعطيها الزوج فتمكنه من الدخول به استحل فرجها.

هـذا و لكن فى محكى الحدائق تبعا لنهايه المرام أنه ليس لها ذلک، و لا له، بل كل منهما مخاطب بأداء ما عليه عصـى الأخر أو أطاع، و فيه ما لا يخفى، ضروره اقتضاء

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۱- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل البـاب- ۷- من أبـواب المهور و البـاب- ۸- منها الحـديث ۱۳ و البـاب- ۳۳- منها الحـديث ۱ و البـاب- ۲۷- من أبواب المتعه الحديث ۳ و الباب- ۲۸- منها الحديث ۱.

المعاوضه ما عرفت.

نعم قد يشكل ذلك هنا بالنسبه إلى الزوج فيما لو امتنعا جميعا من التسليم حتى يقبض، فان المذكور فى المسالك و كشف اللثام «إبداع المهر من يثقان به، فإذا وطأها قبضته، لأن الوطء فى النكاح هو القبض، إذ البضع لا يدخل تحت اليد و إن كانت الزوجه أمه، لأن ملك الرقبه لغير مالك الاستمتاع، و لهذا لا يجب عليه عوض البضع بالغصب ما لم يطأ».

قلت: هو- مع أن الوضع فى يد العدل حكم على الزوج- لا دليل على وجوب امتثاله بناء على ثبوت الحق لكل منهما بمقتضى المعاوضه، و إن وجهه فى المسالك بأنه طريق جمع بين الحقين، و عليه لا ينحصر الأمر فى ذلك، إذ الطرق متعدده قد يشكل بظهور الفتاوى كالعباره و نحوها باستحقاق المرأه تسليم المهر أولا، خصوصا مع اعتبار ذلك فى النكاح، و النصوص (۱)الداله على عدم الدخول بها حتى يقدم لها و

لو شيئا، و ما سمعته سابقا فى نكاح المتعه الذى لا فرق بينه و بين المقام بالنسبه إلى ذلك على الظاهر، بل هو المأثور و السنه فى النكاح.

و من هنا احتمل فى المسالك و كشف اللثام أنه يجبر الزوج على التسليم، لأن فائت المال يستدرك دون البضع، و الإيقاف إلى أن يبادر أحدهما بالتسليم، فيجبر الأخر، و إن رد الأخير فى المسالك بأنه قد يؤدى إلى بقاء النزاع بعدم بدأه أحدهما، و لا بد من نصب طريق شرعى يحسم مادته، و هو كذلك، أما الاحتمال الأول فهو متجه و إن لم يكن فيه جمع بين الحقين، لعدم حق للرجل فى الفرض بناء على ما عرفت، و لا استبعاد فى اختصاص النكاح بذلك الذى هو ليس معاوضه حقيقه، و يكفى فى مشابهته لها فى طرف واحد.

و على كل حال ذلك لها سواء كان الزوج موسرا أو معسرا ضروره أن إعساره و إن أسقط حق المطالبه عنه بالأدله الشرعيه(۲)لكنه لا يرفع حقها المستفاد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب المهور.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۸۰ و الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب الدين و القرض من كتاب التجاره.

من المعـاوضه، فمـا عن ابن إدريس- من منعهـا من الامتنـاع للإعسـار المانع من المطالبه- واضـح الضـعف، إذ امتناع المطالبه لا يوجب تسليم المعوض قبل العوض، و إنما يختلف الحال بالايسار و عدمه بالإثم و استحقاق النفقه و إن لم تسلم نفسها إذا بذلت

التمكين بشرط تسليم المهر، لأن المنع حينئذ بحق، فلا يقدح فى التمكين، و أما مع إعساره فلا إثم عليه بالتأخير، و فى استحقاقها النفقه حينئذ وجهان: من انتفاء التمكين، إذ هو متعلق بأمر ممتنع عاده، و هو الذى جزم به الشـهيد فيما حكى من شرح الإرشاد، و من أن المنع بحق كالموسر، لاشتراكهما فى بذل التمكين بشرط تسليم المهر، و امتناع التسلم عاده لا دخل له فى الفرق، مع جواز الاجتماع بالاقتراض و نحوه، و هذا يتجه كما اعترف به فى المسالک.

و فيهـا أيضـا «أنه فرق مع عـدم الـدخول بين كونها قـد مكنت منه فلم يقع و عـدمه، فلها العود إلى الامتناع بعـد التمكين إلى أن تقبض المهر، و يعود الحكم إلى ما قبله، لما تقرر أن القبض لا يتحقق فى النكاح بدون الوطء» قلت: قد يقال:

إن ذلک منها إسقاط لحقها و ليس فى الأدله تعليق الحكم على الوطء.

و من ذلـک يعرف الحـال فيمـا لو كـان المهر كله مؤجلا- فـإنه ليس لها الامتناع قطعا، لثبوت حقه عليها حالا، فان امتنعت و حل المهر لم يكن لهـا الامتنـاع أيضا وفاقا لما عن الأكثر، لاسـتقرار وجوب التسـليم عليها قبل الحلول، فيستصـحب، و لأنهما عقـدا و تراضيا على أن لا يقف تسليم أحد العوضين على تسلم الأخر، فبناء المعاوضه حينئذ على سقوط حق الامتناع بالنسبه إليها.

لكن و مع ذلـک قـد احتمـل جواز الامتناع لها، بل ربما حكى عن إطلاق النهايه، لمساواته بعـد الحلول للحال، و لأن الأصل فى المتعاوضـين جواز الامتناع من التسـليم قبل التسـلم، و انما يتخلف لمانع من تأجيل أحـدهما دون الأخر، فالزمان قبل الحلول مانع من الامتنـاع، فـإذا حـل ارتفع المـانع، و فيه أن الأصـل اسـتحقاق التسـلم بالتسـليم، و اسـتحقاق كـل منهمـا على الأخر التسـليم لا الامتناع، و أيضا قد عرفت اقتضاء المعامله عدم الامتناع.

و لو كـان بعض المهر حالاـ و بعضه مؤجلا فلكل واحـد حكم نفسه، فلها أن تمتنع حتى تقبض الحال دون المؤجل و إن قل كما قرر.

و من ذلـك أيضـا يعرف الحـال فى أنه هـل لهـا ذلك أى الامتناع بعـد الـدخول؟ قيل و القائل المفيـد فيما حكى عن مقنعته، و الشيـخ فيمـا حكى من مبسوطه نعم لهـا ذلك، لأن أحـد العوضـين و هو منفعه البضع تتجـدد لا يمكن قبضه جمله، و المهر بإزاء الجميع، فبالتسليم مره لم يحصل الإقباض، فجاز الامتناع، و لعموم العسر و الحرج و الضرر و الظلم.

و قيل: لا و هو مع كونه أشـهر، بل المشـهور، بل عن السـرائر الإجماع عليه- أشـبه بأصول المذهب و قواعده، لأن الاسـتمتاع حق لزم بالعقـد خرج منه الاسـتمتاع قبل القبض بالإجماع، فيبقى الباقى على أصـله، و لما سـمعته من سـقوط حقها برضاها، و لا دليل على عوده.

بل فى المسالك «و فى معناه ما لو سـلم الولى من ليست بكامله و لم يقبض الصـداق، فهل لها الامتناع بعـد الكمال حتى تقبضه؟ وجهان، و أولى بعـدم الجواز لأن تسـليم الولى شـرعى، إلا أن يمنع من جواز تسـليمه لها قبل قبض المهر كغيره من المعاوضات، فتساوى المكرهه فى الحكم» و هو كما ترى.

على أنه قـد ذكر فى المسالـك فى مقـدماته فى المسأله «أنه هل يشترط فى القبض وقوعه طوعا أم يكتفى به مطلقا؟ وجهان: من حصول الغرض، و انتقـال الضـمان به كيف اتفق، و من تحريم القبض بـدون الاـذن، فلاـ يترتب عليه الأـثر الصـحيح، و الحق أن بعض أحكـام القبض متحققه كاسـتقرار المهر بـالوطء كرهـا، و بعضه غير متحقق قطعـا كـالنفقه، و يبقى التردد فى موضع النزاع حيث يدخل بها كرها هل لها الامتناع بعده من الإقباض حتى تقبض المهر أم لا؟ قلت: لا وجه للتردد هنا ضـروره عدم دليل على سقوط حق الامتنـاع بـالوطء حتى أنه يصـدق مع الإـكراه، و إنمـا هو حق اقتضـته المعـاوضه التى لاـ فرق فى اقتضائهـا بين حالى الاختيار و الإكراه،

بخلاف استقرار المهر الذى كان الحق عليه فيه لا له، فإن إكراهه لها أولى فى إفاده الاستقرار، و الله العالم.

و لو لم يكن المرأه مهيأه للاستمتاع بأن كانت مريضه أو محبوسه لم يلزمه تسليم الصداق بناء على اشتراط وجوبه عليه بالتقابض من الجانبين، و قد يشكل ذلك بما لو كان قد عقدها غير مهيأه للاستمتاع، ضروره أنه هو الذى قد أقدم على تعجيل حقها دونه، نحو ما ذكروه فى الصغيره التى لا- يصلح للجماع إذا طلب الولى المهر، فإنه و إن قال فى المسالك: «فيه وجهان: من تعذر التقابض من الجانبين، لعدم إمكان الاستمتاع، و هو خيره الشيخ فى المبسوط، و من أن الصداق حق ثابت، و قد طلبه المستحق، فوجب دفعه إليه، و عدم قبض مقابله من العوض قد أقدم الزوج عليه، حيث عقد كذلك، و أوجب على نفسه المال فى الحال، كالعكس لو كان المهر مؤجلا» لكن لا ريب فى أن الأخير هو الأقوى، كما اعترف هو به و الفاضل فى القواعد، خلافا للمحكى عن المبسوط و الكافى من العدم، لتعذر التقابض.

و محل الإشكال فى الصغيره ما لو لم تصلح للاستمتاع مطلقا أما لو صلحت لغير الوطء فطلبها الزوج لذلك ففى وجوب إجابته وجهان: من تحقق الزوجيه المقتضيه لجواز الاستمتاع، فلا يسقط بعضه بتعذر بعض، فيجب التسليم للممكن، و من أن القصد الذاتى من الاستمتاع الوطء و الباقى التابع، فإذا تعذر المتبوع انتفى التابع، و إمساكها لغير ذلك حضانه، و الزوج ليس أهلا لها، و إنما هى حق للأقارب، و لأنه لا يؤمن إذا خلا بها أن يأتيها فتتضرر، و على هذا فلو بذلت له لم يجب عليه القبول، لأن حقه الاستمتاع و لم يخلق فيها، و لو وجب للزمه نفقه الحضانه و التربيه، و فى المسالك «و هذا أقوى، و هو خيره المبسوط» قلت: و هو المحكى عن التحرير أيضا، لكن قد يحتمل وجوب التسليم إن طلبها، لإمكان الاستمتاع بغير الوطء كالحائض، خصوصا فى الكبيره المريضه، نعم قد يقوى المنع إذا لم يؤمن منه المواقعه.

و لو كانا صغيرين و طلب الولى المهر من الولى فالوجهان فى الكبير مع

الصغيره، بل و أولى بعدم الوجوب لو قيل به ثم، لكن قد عرفت هناك أن الأقوى الوجوب، فالمتجه حينئذ ذلك هنا أيضا، و لو انعكس فكانت كبيره و الزوج صغير فالوجهان أيضا، و عن المبسوط اختيار عدم وجوب تسليم المهر فى الجميع، كما لا تجب النفقه، محتجا بأن الاستمتاع غير ممكن، و فيه أنه يتم فى النفقه لا فى المهر.

هذا و فى القواعد «و لو منعت الزوجه مع تهيوئها للاستمتاع من التمكين لا للتسليم أى تسليم المهر إليها ففى وجوب التسليم إشكال» قلت: لا أعرف وجها للإشكال بعد البناء على اقتضاء المعاوضه التقابض المفروض انتفاؤه فى المقام، و تسليم المهر إنما يجب إذ امتنعت من التسليم لتتسلمه، فإنه الامتناع المشروع، فإذا امتنعت لغيره لم تبذل نفسها، فلم تستحق عليه المهر، و صدق الامتناع من التسليم، و إن لم يكن لأجل التسليم لا يوجب تسليم المهر عليه، كما هو واضح.

و لو دفع الصداق فامتنعت من التمكين أجبرت عليه إن لم يكن لها عذر، لوجود المقتضى لوجوبه و انتفاء المعارض، و فى القواعد «ليس له الاسترداد» و لعله لأنه حق لها، فهو كالدين المؤجل إذا تبرع المديون بتعجيل أدائه، قلت: قد يقال بناء على ما سمعته منا من وجوب تسليم المهر على الزوج أولا ـ له الاسترداد، فإنه يدفعه دفعا مراعى بسلامه العوض له، فإذا امتنعت من التمكين استرد، و فيها أيضا «أنه إذا سلم الصداق فعليه أن يمهلها مده استعدادها بالتنظيف و الاستحداد» أى إزاله الشعر بالحديد أو غيره، كما عن المبسوط مجرى العاده به، و لأنه ربما ينفر عنها إن لم تستعد له، و ربما يفهم من النهى (۱)عن طروق الأهل ليلا

و قوله صلى الله عليه و آله (۲): «أمهلوا كى تمشط الشعثه و تستحد المغيبه».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب آداب السفر الحديث ۲ و ۳ من كتاب الحج.

۲- ۲ صحيح البخارى ج ۷ ص ۶ باب ۱۰ من النكاح و صحيح مسلم ج ۶ ص ۵۵.

و أما التحدید بیوم و یومین و ثلاثه کما عن المبسوط فلعل المراد به التمثیل و أن العبره بزمان تستعد فیه، و عن المبسوط «أنه نص علی عدم امهالها أکثر من ثلاثه أیام إذا استمهلت، لأن الثلاثه تسع لإصلاح حالها» قلت: لا یخفی علیک ما فی أصل الحکم حینئذ من الوجوب، ضروره عدم صلاحیه مثل ذلک دلیلا، و دعوی أن بناء استحقاقه تسلیمها علی ذلک واضحه المنع، لمنافاتها جمیع ما دل علی تسلط الزوج علی الزوجه کتابا(۱)و سنه(۲)و لعله لذا کان المحکی عن التحریر أنه استقرب عدم وجوب الإمهال للأصل السالم عن المعارض.

و لا ریب فی عدم وجوب إمهالها لأجل تهیئه الجهاز، و لا لأجل الحیض، لإمکان الاستمتاع بغیر القبل، کما هو واضح، و الله العالم.

و یستحب تقلیل المهر بلا خلاف کما فی المسالک، ل

قوله صلی الله علیه و آله (۳): «أفضل نساء أمتی أصبحهن وجها، و أقلهن مهرا»

و «إن من شؤم المرأه کثره مهرها»(۴)

و (۵)

«إن أعظم النکاح برکه أیسره مؤنه»

بل یکره أن یتجاوز مهر السنه، و هو خمسمائه درهم

لأنه صلی الله علیه و آله کما حکاه الباقر علیه السلام عنه (۶)«لم یتزوج و لا زوج بناته بأکثر من ذلک»

و «قد أمر أن یسن ذلک لأمته ففعل»(۷)

و حینئذ فما زاد علیه فهو شؤم المرأه الذی هو کثره مهرها،

و فی خبر حسین بن خالد(۸)عن أبی الحسن علیه السلام «أیما مؤمن خطب إلی أخیه حرمه

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۹ و ۸۰ و ۸۱- من أبواب مقدمات النکاح.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب المهور الحدیث ۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵- من أبواب المهور الحدیث ۸.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵- من أبواب المهور الحدیث ۳ و ۱۰ و فیهما « من برکه المرأه خفه مئونتها» و فی سنن البیهقی ج ۷ ص

۲۳۵ « من أعظم النساء بركه أيسرهن صداقا».

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴- من أبواب المهور الحديث ۴.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴- من أبواب المهور الحديث ۲.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۴- من أبواب المهور الحديث ۲.

فبذل خمسمائه درهم فلم يزوجه فقد عقه و استحق من الله عز و جل أن لا يزوجه حوراء».

نعم فی المسالک «ظاهره أن الكراهه متعلقه بالمرأه و وليها لا بالزوج، و عباره المصنف شامله لهما، و يمكن تعلق الكراهه به من حيث الإعانه عليه إن أمكنه النقصان، و إلا فلا كراهه عليه، و قد تقدم إمهار الحسن عليه السلام امرأه مأه جاريه(۱)قلت: ظاهر الفتاوى الكراهه أيضا للزوج، بل هو مستفاد من التأمل فی النصوص (۲)و الله العالم.

و كذا يكره أن يدخل بالزوجه حتى يقدم مهرها أو شيئا منه أو غيره و لو هديه ل

خبر أبی بصير(۳)عن الصادق عليه السلام «إذا تزوج الرجل المرأه فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئا، درهما فما فوقه أو هديه من سويق أو غيره»

و لا يحرم للأصل و قصور الخبر عن إفاده الحرمه، و

خبر عبد الحميد الطائی (۴)قال له: «أتزوج المرأه و أدخل بها و لا أعطيها شيئا، فقال: نعم يكون دينا عليك».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب المهور الحديث ۴.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۴ و ۵ و ۹- من أبواب المهور.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب المهور الحديث ۱.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۹.

[الطرف الثانی فی التفویض]

اشاره

الطرف الثـانی فی التفویض و هو لغه إیکـال الأمر إلی الغیر، و منه «أُفَوِّضُ أَمْرِی إِلَی اللَّهِ»(۱)و قـد یطلق و یراد به الإهمال، و منه «لا یصلح الناس فوضی لا سراه لهم»(۲).

و علی کل حال ف هو قسمان: تفویض البضع و تفویض المهر،

[القسم الأول تفویض البضع]

اشاره

أما الأول فهو أن لا یذکر فی العقد مهرا أصلا، مثل أن یقول الوکیل:

زوجتـک فلانـه أو تقول هی: «زوجتک نفسـی» فیقول الزوج قبلت و حینئـذ هو من التفویض بمعنی الإهمال، ضـروره عـدم ذکر المهر فیه.

[مسائل]

[المسأله الأولی ذکر المهر لیس شرطا فی صحه العقد]

الأولی قد عرفت فیما تقدم أیضا أنه لا خلاف فی أن ذکر المهر لیس شرطا فی صحه العقد، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی ظاهر آیه لا جُناحَ (۳)و النصوص (۴)المستفیضه أو

المتواتره، و حینئـذ فلو تزوجها و لم یـذکر مهرا فی العقـد أو شـرط أن لا مهر صـح العقـد قطعا مع إراده نفی المهر المسـمی فی العقد، أما لو أرادت نفیه حال العقد و ما بعده و لو بعد الدخول فلا خلاف و لا إشکال

۱- ۱ سوره غافر: ۴۰- الآیه ۴۴.

۲- ۲ هذا مصـراع من شـعر الأفوه الأودی من شـعراء العصر الجاهلی و تمام البیت « لا یصلح الناس فوضی لا سراه لهم و لا سراه إذا جهالهم سادوا»

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۲۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲ و ۱۳ و ۲۱- من أبواب المهور و الباب- ۵۸- منها الحديث ۴ و ۷ و ۸ و ۱۱ و ۲۰ و ۲۱ و ۲۲.

فی فساد الشرط، بل المعروف فساد العقد أیضا، و لعله ل

صحیح الحلبی (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المرأه تهب نفسها للرجل ینکحها بغیر مهر، فقال: إنما کان هذا للنبی صلی الله علیه و آله، فأما لغیره فلا یصلح هذا حتی یعوضها شیئا یقدم إلیها قبل أن یدخل بها، قل أو کثر و لو ثوب أو درهم، و قال: یجزئ الدرهم»

و فی صحیح زراره(۲)عن أبی جعفر علیه السلام «سألته عن قول الله عز و جل وَ امْرَأَهً مُؤْمِنَهً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَها لِلنَّبِی (۳)فقال: لا تحل الهبه إلا لرسول الله صلی الله علیه و آله، و أما غیره فلا یصلح نکاح إلا بمهر»

و فی المرسل عن عبد الله بن سنان (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی امرأه وهبت نفسها لرجل أو وهبها له ولیها، فقال: لا، إنما کان ذلک لرسول الله صلی الله علیه و آله، و لیس لغیره إلا أن یعوضها شیئا، قل أو کثر»

و فی مرسل ابن المغیره(۵)عنه علیه السلام أیضا «فی امرأه وهبت نفسها للرجل من المسلمین، قال: إن عوضها کان ذلک مستقیما».

خلافا للمحکی عن الشیخ من الصحه، لأنه بمعنی «لا مهر علیک» فإنه أیضا نکره منفیه تفید العموم، فکما خص ذلک بمجرد العقد فکذا هنا، و رد بأن العام یقبل التخصیص بخلاف التنصیص.

و فیه أن مرجع کلام الشیخ إلی فساد الشرط فی الفرض دون العقد، ضروره کون محل البحث مع إراده عدم التخصیص، فلیس حینئذ إلا القول بعدم التلازم بین فساد الشرط و بین فساد العقد هنا، و لذا لم یفسد بفساد ما یذکر فیه من المهر الذی هو أعظم من الشرط باعتبار ذکره بصوره العوض، و ربما یؤیده ما تسمعه فیما یأتی من أن المعروف بین الأصحاب عدم فساد عقد النکاح بفساد الشرط فیه و لا صراحه فی النصوص السابقه فی فساد العقد، بل قد یظهر من بعضها الصحه و إن وجب علیه أن یدفع عوضا، و لا یخلو من قوه، و ربما احتمل صحه العقد و فساد التفویض، فیثبت حینئذ مهر المثل بمجرد العقد،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب عقد النکاح- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب عقد النکاح- الحدیث ۴.

۳- ۳ سوره الأحزاب: ۳۳- الآیه ۵۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب عقد النکاح- الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من أبواب عقد النکاح- الحدیث ۵.

و لا ريب فى ضعفه، لأن غايه فساد الشرط كونه فى حكم السكوت عن المهر.

و على كل حال فان طلقها قبل الدخول فلها المتعه حره كانت أو مملوكه، و لا مهر بلا خلاف أجده، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، مضافا

إلى ظاهر الكتاب (۱)و السنه المستفيضه أو المتواتره(۲)فما عن مالك و جماعه من العامه من استحباب المتعه نظرا إلى قوله تعالى فى آخر الآيه(۳)«حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» واضح الضعف، ضروره عدم اقتضاء ذلك الخروج عن ظاهر الأمر فى الكتاب و السنه، بل مقتضى قوله: «حقا» و قوله: «على» الوجوب، و المراد بالمحسنين: من يحسنون بفعل الطاعه و اجتناب المعصيه، و خصهم بالحكم تشريفا لهم، أو أن المراد من أراد أن يحسن فهذا طريقه و هذا حقه، بأن يعطى المطلقات ما فرض الله لهن.

و إن طلقها بعد الدخول و قبل الفرض فلها مهر أمثالها و لا متعه بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى المعتبره المستفيضه: منها

الصحيح (۴)«عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال:

لها مثل مهور نسائها، و يمتعها»

و نحوه الموثقان (۵)«فى رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقا، قال: لا شى ء لها من الصداق، فان كان دخل بها فلها مهر نسائها».

فان مات أحدهما قبل الدخول و قبل الفرض فلا مهر لها و لا متعه عندنا للأصل، و

صحيح الحلبى (۶)عن الصادق عليه السلام «فى المتوفى عنها زوجها قبل الدخول إن كان فرض

لها زوجها فلها، و إن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر»

و ما رواه بعض العامه عن النبى صلى الله عليه و آله (۷)من أنه «قضى فى تزويج بنت واشق و قد

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۸ و ۴۹ و ۵۰- من أبواب المهور.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب المهور الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب المهور الحديث ۲ و ۳.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب المهور الحديث ۲۲.

٧- ٧ سنن البيهقى ج ٧ ص ٢۴۴.

نکحت بغیر مهر فمات زوجها بمهر نسائها و المیراث»

غیر ثابت عند الأکثر منهم فضلا عنا و غیره (۱)خلافا لبعض العامه فأوجب مهر المثل.

و فیه أنه لا یجب مهر المثل عندنا بالعقد، و إنما یجب بالدخول المفروض انتفاؤه، خلافا لبعضهم، فأثبته فیه، و لا ریب فی ضعفه، بل ظاهر الکتاب و السنه و الإجماع علی خلافه.

[المسأله الثانیه المعتبر فی مهر المثل حال المرأه فی الشرف و الجمال و عاده نسائها]

المسأله الثانیه المعتبر فی مهر المثل حال المرأه فی الشرف و الجمال و عاده نسائها و السن و البکاره و العقل و الیسار و العفه و الأدب و أضدادها (و بالجمله) ما یختلف به الغرض و الرغبه اختلافا بینا، فیکون المعتبر حینئذ المثلیه بالأهل و الصفات جمیعا و إن

کنا لم نعثر فی شی ء مما وصل إلینا من النصوص علی أزید من

قول: «لها صداق نسائها»(۲)

و «مهر نسائها»(۳)

و «مهر مثل مهور نسائها»(۴)

اللهم إلا أن یراد بنسائها من ماثلها بالصفات من نساء أهلها، ضروره کون ذلک نوعا من التقویم الذی ینبغی فیه ملاحظه کل ماله مدخلیه فی ارتفاع القیمه و نقصانها حتی الزمان و المکان.

و منه یعلم الوجه فیما ذکره غیر واحد من الأصحاب من اعتبار کون أقاربها فی أهل بلدها، لتفاوت البلدان فی المهور تفاوتا بینا، فلو لم یعتبر البلد أشکل الأمر مع الاختلاف، و کما اعتبر الاختلاف فی الصفات لإیجابه اختلاف

۱- ۱ هکذا فی النسختین الأصلیتین و الصحیح« و غیرهما» و الضمیر یرجع الی الأصل و صحیح الحلبی، فإن الموجود فی النسخه المخطوطه بقلمه الشریف کان« و لا متعه عندنا للأصل و غیره» ثم أضاف فی الهامش بعد قوله:« للأصل» قوله:« و صحیح الحلبی» إلی« فضلا عنا» و غفل عن تثنیه الضمیر فی قوله:« و غیره».

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب المهور الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب المهور الحدیث ۱.

المهر لزم اعتبار الاختلاف فی البلد، و الضرر العظیم إن لم نعتبر البلد، و لأن الظاهر منها الرضا بمهر أمثالها فی البلد إذا مکنت، و حینئذ، فاحتمال عدم اعتبار البلد لإطلاق الأخبار فی غیر محله.

بل لما ذکرنا اعتبر المشهور الأقارب مطلقا من غیر فرق بین من یرجع منهم إلی الأب أو

الأم، ضروره حصول الاختلاف فی ذلک، خلافا للمحکی عن المهذب و الجامع، فاعتبر الأقارب من قبل الأب دون الأم، قالا: «فان لم یکن فغیرهم من ذوات الأرحام، فان لم یکن فمثلها من نساء بلدها» لکنه کما تری فان اختلاف المهر بالنسبه إلی الأم و أقاربها شرفا و دناءه اختلاف بین، فلا بد من ملاحظته، لما عرفت أن ذلک نوع من التقویم، و حینئذ فالمثل مع مراعاه ذلک کله لا یختلف کقیمه الشی ء نفسه، نعم قد یختلف بالنسبه إلی تقویم المقومین، و الظاهر أنه یجری فیه ما جری فی غیره مما اختلف فی تقویمه، فیؤخذ النصف من الاثنین، و الثلث من الثلاثه، و هکذا بعد جمع الجمیع، أو نحو ذلک مما قرر فی محله.

بل الظاهر اعتبار مهر مثلها مع فرض عدم معرفه أقاربها من الأب أو الأم؛ فیلحظ مهر المرأه بالصفات فیها غیر معرفه الأب و الأم و هکذا.

بل ربما ظهر من بعضهم ملاحظه حال الزوج بالنسبه إلی مهرها؛ لاختلاف مهر النساء باختلاف الأزواج اختلافا بینا، و لا یخلو من وجه، بل جزم به العلامه فی القواعد.

و من ذلک کله ظهر لک عدم الاختلاف فی مهر المثل حینئذ و إن اختلف مهور نسائها باعتبار الزیاده علی مهر أمثالهن و النقیصه، فإن ذلک لیس اختلافا فی مهر، کما هو واضح.

ثم الواجب بالدخول أکثر مهر لمثلها من یوم العقد إلی الوطء أو یوم العقد؟

وجهان عند العامه، و لعل الأقوی عندنا ثالث، و هو یوم الدخول، لأنه هو یوم الثبوت فی ذمته، کقیمه المال المضمون، لکن فی قواعد الفاضل اعتبار یوم العقد،

و فیه ما لا یخفی.

و علی کل حال ففی المتن و غیره تقیید مهر المثل ب ما لم یتجاوز مهر السنه و هو خمسمائه درهم و إلا رد، بل المشهور نقلا و تحصیلا، بل عن الغنیه و فخر المحققین الإجماع علیه، و هو الحجه، مضافا إلی

موثق أبی بصیر(۱)عن الصادق علیه السلام «سألته عن رجل تزوج امرأه فوهم أن یسمی صداقها حتی دخل بها، قال: السنه، و السنه خمسمائه درهم»

و إلی ما تقدم من

قوله علیه السلام أیضا فی خبر المفضل ابن عمر(۲)«فمن زاد علی ذلک رد إلی السنه، و لا شی ء علیه أکثر من الخمسمائه درهم»

و إلی معلومیه دون کل امرأه بالنسبه إلی بنات النبی صلی الله علیه و آله اللاتی (۳)لم

یتزوجن إلا بذلک (۴)و إلی فحوی ما ورد فیمن تزوج امرأه علی حکمها من خبر زراره(۵)و غیره (۶)و أنها لا تتجاوز ما سنه رسول الله صلی الله علیه و آله.

و المناقشه فی خبر أبی بصیر مع فسادها فی نفسها مدفوعه بالانجبار بما عرفت، کالمناقشه فی دلالتها بأنها لیست من المفوضه باعتبار نسیان ذکر الصداق، ضروره أنک قد عرفت أن موضوع المفوضه یشملها، و کذا المناقشه فی بعض ما ذکر مؤیدا للحکم المدلول علیه بما عرفت، و حینئذ فلا محیص عن القول به، فما وقع من ثانی الشهیدین و بعض من تأخر عنه- من الوسوسه فی ذلک، بل جزم بعضهم بعدم التحدید بذلک، لإطلاق النصوص السابقه المؤیده بظهور إقدامها بلا ذکر مهر فی کون نظرها مهر أمثالها- واضح الفساد بعد الإحاطه بما ذکرناه، و الله العالم.

و المعتبر فی المتعه عند المشهور بل عن الغنیه الإجماع علیه حال

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحدیث ۱۴.

۳- ۳ فی النسخه الأصلیه« التی».

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب المهور الحدیث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحدیث ۱.

الزوج خاصه بالنسبه إلى السعه و الإقتار، لظاهر الآيه(۱)و

خبر الكنانى (۲)عنه عليه السلام «إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف

مهرها فان لم يكن سمى لها مهرا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره و على المقتر قدره»

لكن قد يقال:

إن ذلك لا ينافى اعتبار حالها أيضا كما فى

صحيح الحلبى (۳)عن الصادق عليه السلام «فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا، و إن لم يكن فرض لها فليمتعها على مثل ما يمتع مثلها من النساء»

و خبر أبى بصير(۴)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها- إلى أن قال-:

فإن لم يكن فرض لها شيئا فليمتعها على مثل ما يمتع مثلها من النساء».

بل عن المبسوط أن الاعتبار بهما جميعا عندنا، و قال قوم: الاعتبار به، لقوله تعالى (۵)«وَ مَتِّعُوهُنَّ» إلى آخره و هذا هو الأقرب، و منهم من قال:

الاعتبار بها بحسب يسارها و إعسارها و كمالها (و جمالها خ ل) و لعله أشار فى الأخير إلى ما عن الشافعى من اعتبار حالها خاصه، نظرا إلى أنها عوض مهرها، فيعتبر فيها ما يعتبر فيه، لكن الكتاب و السنه و الإجماع بخلافه، و على كل حال فظاهر الآيه(۶)و

كثير من النصوص (۷)اعتبار حالين للزوج: السعه و الإقتار.

لكن فى المتن و غيره تقسيمه إلى ثلاثه فالغنى يمتع بالدابه أو الثوب المرتفع أو عشره دنانير، و المتوسط بخمسه دنانير أو الثوب المتوسط، و الفقير بالدينار أو الخاتم و ما شاكله و لعله لعدم اقتضاء الآيه(۸)حصر المتعه فى شيئين:

عليا و دنيا، و ذلك لأن الناس ينقسمون باعتبار الإعسار و اليسار إلى ثلاثه: أعلى و متوسط و فقير، و لكل مراتب، فالغنى يمتع بثوب نفيس أو فرس أو خادم أو

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحديث ۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحديث ۷.

۴- ۴ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحديث ۷ و ذكره فى الكافى ج ۶ ص ۱۰۸.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

۶- ۶ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب المهور.

۸- ۸ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

عشره دنانیر أو نحو ذلک بحسب مراتبه فی الغنی و إن کان یجزؤه کل من ذلک فی أی مرتبه کان من الغنی، و یستفاد حکم الوسط حینئذ إما لظهور إراده المثال من الموسع و المقتر، و إما لأن ذکر حکمها یقتضی حکمه، إذ هو موسع بالنسبه و مقتر کذلک، فله حینئذ الحاله الوسطی بین الیسار و الإقتار، و لعله إلی ذلک أومأ فی

المحکی عن فقه الرضا علیه السلام (۱)«یمتعها منه قل أو کثر علی قدر یساره، فالموسع یمتع بخادم أو دابه، و الوسط بثوب، و الفقیر بدرهم أو خاتم، کما قال الله: وَ مَتِّعُوهُنَّ- إلی آخره»

و فی محکی الفقیه «و روی (۲)أن الغنی یمتع بدار أو خادم، و الوسط یمتع بثوب، و الفقیر یمتع بدرهم أو خاتم و روی أن أدناه خمار و شبهه».

و حینئذ فما فی

خبر ابن بکیر المروی عن قرب الاسناد(۳)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قول الله عز و جل وَ مَتِّعُوهُنَّ، ما قدر الموسع و المقتر؟ قال: کان علی بن الحسین علیهما السلام یمتع بالراحله»

و عن العیاشی (۴)أنه رواه فی تفسیره ثم قال: «یعنی حملها الذی علیها»

و خبر أبی بصیر(۵)قلت لأبی جعفر علیه السلام:

«أخبرنی عن قول الله تعالی (۶)وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُتَّقِینَ، ما أدنی ذلک المتاع إذا کان معسرا لا یجد؟ خمار و شبهه»

و فی خبر الحلبی (۷)«إن کان الرجل موسعا علیه أن یمتع امرأته العبد و الأمه، و المقتر یمتع الحنطه و الزبیب و الثوب و الدرهم، و إن الحسن بن علی علیهما السلام متع امرأه له بأمه، و لم

۱- ۱ المستدرک الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب المهور الحدیث ۳ و ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب المهور الحدیث ۵.

۴- ۴ أشار إلیه فی الوسائل فی الباب- ۴۹- من أبواب المهور الحدیث ۵ و ذکره فی المستدرک فی الباب- ۳۴- منها الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۶- ۶ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۴۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب المهور الحدیث ۱.

يطلق امرأه إلا متعها»

خارج مخرج التمثيل لا الحصر.

و كيف كان ف لا تستحق المتعه إلا المطلقه التى لم يفرض لها مهر و لم يدخل بها كما هو ظاهر معظم النصوص (۱)و الفتاوى، بل و الآيه(۲)باعتبار تعقيبها المتعه و إلا لناسب تأخيره، لكن فى

خبر زراره(۳)عن أبى جعفر عليه السلام «متعه النساء واجبه دخل بها أو لم يدخل، و تمتع قبل أن تطلق»

و صحيح الحلبى (۴)«سألته عن رجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها، قال: لها مهر مثل مهور نسائها و يمتعها»

و خبره الآخر(۵)عنه عليه السلام فى قول الله عز و جل:

وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ- إلى آخره- قال: متاعها بعد أن تنقضى عدتها عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ، و كيف يمتعها و هى فى عدتها ترجوه و يرجوها و يحدث الله بينهما ما شاء»

و نحوه خبر سماعه(۶)

و ما سمعته من «أن الحسن عليه السلام لم يطلق امرأه إلا متعها»(۷)

و قوله تعالى (۸)«فَتَعالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَ أُسَرِّحْكُنَّ» إلى آخره.

مضافا إلى إطلاق

صحيح حفص (۹)عنه عليه السلام «فى الرجل يطلق امرأته أ يمتعها؟ قال: نعم، أ ما يحب أن يكون من المحسنين؟ أ ما يحب أن يكون من المتقين؟»

و خبر البزنطى (۱۰)«إن متعه المطلقه فريضه»

و خبر جابر(۱۱)عن أبى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۸ و ۴۹ و ۵۰- من أبواب المهور.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۰- من أبواب المهور الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب المهور الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۰- من أبواب المهور الحديث ۲.

۶- ۶ أشار إليه فی الباب- ۵۰- من أبواب المهور الحديث ۲ و ذكره فی الكافی ج ۶ ص ۱۰۵.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب المهور الحديث ۱.

۸- ۸ سوره الأحزاب: ۳۳- الآيه ۲۸.

۹- ۹ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحديث ۵.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحديث ۲.

۱۱- ۱۱ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب المهور الحديث ۶ مع الاختلاف اليسير.

جعفر علیه السلام «فی قوله تعالی (۱)فَمَتِّعُوهُنَّ وَ سَرِّحُوهُنَّ سَراحاً جَمِیلًا، قال: متعوهن حملوهن بما قدرتم علیه من معروف، فإنهن یرجعن بکآبه و خساره، و هم عظیم، و مهانه من أعلاقهن، فان الله کریم یستحیی، و یحب أهل الحیاء، إن أکرمکم أشدکم إکراما لحلائلهم».

إلا أن المطلق منها منزل علی المطلقه المفوضه التی لم یفرض لها و لم یدخل بها حتی الآیه، خصوصا بعد ما قیل فی نزولها(۲)من أنه لما نزل «وَ مَتِّعُوهُنَّ» قال بعضهم: إن أحببت فعلت و إن لم أرد ذلک لم أفعله،

فنزل (۳)«وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ» إلی آخره، أو أنها منسوخه بآیه المتعه(۴)أو أن المراد من المتاع منها النفقه کما قیل، أو غیر ذلک، و الناص منها علی ضرب من التقیه، لأنه مذهب قوم من العامه: منهم سعید بن جبیر و الزهری و الشافعی فی الجدید، أو علی ضرب من الاستحباب کما عن الشیخ و جماعه، بل تأکده للتعبیر بلفظ الوجوب و نحوه، و لا بأس به و إن أصبن شیئا جبرا لکسرهن، و لأنه نوع إحسان، و علیه ینزل قوله تعالی (۵)«فَتَعالَیْنَ أُمَتِّعْکُنَّ» أو أن ذلک من خواصه صلی الله علیه و آله أو لفضل نسائه علی غیرهن.

کل ذلک للإجماع بقسمیه، و النصوص (۶)علی اختصاص الوجوب بالمطلقه المفوضه التی لم یفرض لها و لم یدخل بها باعتبار عدم إصابتها شیئا، فناسب إکرامها بالمتعه جبرا لما أصابها من الخجل و الهوان.

و ربما الحق بها- المفوضه المفارقه من قبل الزوج بعیب و نحوه، أو من قبله و قبلها کالخلع، أو من أجنبی کالرضاع- فی وجوب المتعه، بل هو خیره

۱- ۱ سوره الأحزاب: ۳۳- الآیه ۴۹.

۲- ۲ الدر المنثور ج ۱ ص ۳۱۰.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۴۱.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۶.

۵- ۵ سوره الأحزاب: ۳۳- الآیه ۲۸.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحدیث ۷ و ۸ و ۱۰ و ۱۲.

المحکی عن مختلف الفاضل، بل ظاهر المحکی عن المبسوط المیل الیه إلا أنه لم نجد لهما موافقا منا، و إنما هذا الکلام و نحوه مذکور فی کتب العامه، و لا دلیلا سوی دعوی تنقیح

المناط، و ما یشعر به خبر جابر من التعلیل، و هما معا کما تری، ضروره عدم التنقیح المعتبر، خصوصا بعد الشهره العظیمه أو الإجماع علی الاختصاص بالمطلقه، و ضعف الخبر المزبور الظاهر فی جریان ما فیه مجری الحکمه لا العله، و لعله لذا وافق الشیخ فی المحکی من خلافه الأصحاب.

نعم قد یقال بالاستحباب کما عن بعضهم لذلک، بل قد یقال به أیضا فی مطلق المفارقه کالمطلقه للتسامح فیه، فیکفی حینئذ إشعار الخبر المزبور.

هذا و فی الروضه «أنه ألحق بمفوضه البضع من فرض لها مهر فاسد، فإنه فی قوه التفویض، و من فسخت فی المهر لخیار به مثلا» قیل: و فیه منع، لدخولها فیها موضوعا بعد ما عرفته، فلا دلیل علی ثبوت حکمها لها، و احتمال کونها التی لم یذکر لها مهر صحیح لا دلیل علیه، فتأمل و قال بعض الأفاضل: «ظاهر الکتاب و کلام الأصحاب أن محل التمتع ما بعد الطلاق، فإنه إنما یخاطب به بعده، کما جاء فی عده أخبار(۱)فیمن طلقت قبل الدخول فلیمتعها، بل إذا کان الدخول فمحله بعد انقضاء العده حیث تبین، لخبر الحلبی (۲)السابق».

قلت: لا دلاله فی شی ء منهما علی عدم جواز تقدیمها، بل فی کثیر من الأخبار أنها قبله، ک

خبر أبی حمزه(۳)«سألته عن الرجل یرید أن یطلق امرأته قبل أن یدخل بها، قال: یمتعها قبل أن یطلقها، فان الله تعالی قال وَ مَتِّعُوهُنَّ»(۴)

إلی آخره،

و صحیح ابن مسلم (۵)عن أبی جعفر علیه السلام «سألته عن الرجل یطلق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب المهور الحدیث ۱ و الباب- ۴۸- منها الحدیث ۷ و ۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۰- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحدیث ۴.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۶.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحدیث ۱.

امرأته قال: يمتعها قبل أن يطلق، فان الله تعالى يقول وَ مَتِّعُوهُنَ» إلى آخره»

و خبر زراره(۱)السابق، بل هو ظاهر قوله تعالى (۲)«فَتَعالَيْنَ» إلى آخره نعم الظاهر أن ذلك من باب الاستحباب دون الاستحقاق الذى هو لا يتحقق إلا بعد تحقق الطلاق، كما هو مقتضى قوله تعالى (۳)«وَ لِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ» إلى آخره بل قد عرفت خبر الحلبى (۴)و إن كان هو فى المتعه المستحبه، و حينئذ فإذا قدمها لا تكون متعه إلا بتعقيب الطلاق، لكن بقوى حينئذ كونه كاشفا، لما سمعته من النصوص (۵)الداله على كونها متعه قبل أن يطلق.

ثم إن المتعه لا يعتبر فيها رضا الزوجه، لظهور الآيه و الروايه فى كون الخطاب للزوج، خلافا لبعض العامه، فجعلها كالمهر ما تراضى عليه الزوجان، فان لم يتراضيا قدرها القاضى باجتهاده و لو فوق نصف المهر، و عن آخر منهم أنها لا تزيد على النصف، و عن ثالث منهم أنها لا تزيد على مهر المثل، فليس فى شى ء من أخبار الباب و لا فتاوى الأصحاب تعرض لذلك، لما عرفت.

كما أنها هى بعد تحقق سبب وجوبها من الدين فى ذمه الزوج، فللامرأه مع عدم دفعها لها الضرب مع الغرماء بموت أو فلس، و يبرء الزوج بدفعها لها كما وجبت عليه، فان امتنعت الامرأه من قبضها قبضها الحاكم أو كان ذلك البذل بحكم القبض. و بالجمله حالها كحال غيرها من الديون، و لو أبرأت المفوضه الزوج قبل الوطء و الفرض و الطلاق من مهر المثل أو المتعه أو منهما لم يصح، لأنه إبراء ما لم يثبت، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۰- من أبواب المهور الحديث ۱.

۲- ۲ سوره الأحزاب: ۳۳- الآيه ۲۸.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۴۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۰- من أبواب المهور الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۸- من أبواب المهور الحديث ۱ و ۴ و الباب- ۵۰- منها الحديث ۱.

[المسأله الثالثه لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز]

المسأله الثالثه قد ذكر غير واحد من الخاصه و العامه أن للمفوضه المطالبه بفرض المهر، و أن لها حبس نفسها عليه و على تسلمه بعده، و أنهما لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز، لأن الحق لهما، سواء كان بقدر مهر المثل أو أزيد أو أقل، و سواء كانا عالمين أو جاهلين، أو كان أحدهما عالما دون الأخر لأن فرض المهر إليهما ابتداء فجاز انتهاء بل ذلك بعد تراضيهما لازم لهما، فليس لأحدهما الرجوع عما وقع التراضى عليه، بل يكون حينئذ كالواقع فى العقد، نعم إن اختلفا و كان مفروض الزوجه حينئذ بقدر مهر السنه فصاعدا ففى المسالك «فى لزومه من طرفها وجهان من أنه لو فوض إليها التقدير لما كان لها الزياده عليه، و كذا للحاكم لما سيأتى، و من أن البضع يقتضى مهر المثل و الخروج عنه فى بعض المواضع (الموارد خ ل) على خلاف الأصل فيقتصر عليه، و كون ذلك للحاكم ممنوع» و فى القواعد و غيرها «و إن اختلفا ففى فرض الحاكم إذا ترافعا إليه نظر، أقربه أنه يفرض مهر المثل» و لعل وجه النظر أنه إثبات للمهر فى ذمه الزوج، و لا يصح إلا بتراضى الزوجين، و لا مدخل فيه لغيرهما، و فيه أن الحاكم معد لقطع الخصومات و ليس ذلك منه إثبات مهر فى ذمه الزوج، ضروره أنها بالعقد ملكت أن تملك، نعم لا يفرض إلا مهر المثل كما فى قيم المتلفات ما لم يتجاوز السنه، فيرد إليها كما عن التحرير التصريح به، و أما لو رضيا بفرضه لزمهما ما فرضه مطلقا وافق مهر المثل أو لا، وافق السنه أو لا، و الأمر فى هذا كله سهل.

انما الكلام فى دليل الأحكام الأول التى هى المطالبه بالفرض و حبس نفسها عليه و على تسليمه، و أنهما يلتزمان بما تراضيا عليه، و لعل الوجه فيها بعد ظهور ذكرهم لها ذكر المسلمات فى الإجماع عليها أنها بالعقد ملكت أن تملك المهر عليه بالفرض أو الدخول، فكان لها المطالبه بذلك كى تعرف استحقاقها بالوطء

أو الموت أو الطلاق، و رضاها بالتفويض إنما هو بالنسبه إلى خلو العقد عن المهر لا عدمه مطلقا الذى قد عرفت عدم اعتبار رضاها بالنسبه إليه.

و منه يعلم كون النكاح معاوضه فى الواقع و إن خلا عقده عن ذكر العوض، فجرى عليه حينئذ حكمها من المطالبه بتعيين العوض، و حبس المعوض حتى تسلم العوض، و غير ذلک من أحكامها.

و أما الالتزام بما يتراضيان عليه من الفرض بعد العقد فهو لإطلاق ما دل على وجوب الفرض كتابا(۱)و سنه(۲)الشامل لحالى العقد و ما بعده، مؤيدا بما دل (۳)على أن المهر ما تراضيا عليه الشامل لما هو فى العقد و بعده، و بما دل (۴)على لزوم الشرط بعد النكاح دون ما قبله، فمتى حصل التراضى منهما حينئذ كان مهرا، و دخل فى ملک الزوجه فعلا عينا كان أو دينا حالا أو مؤجلا، و يجرى عليه حينئذ ما يجرى على المذكور فى العقد.

و لو كان الفارض أجنبيا ففى لزوم فرضه عليها مع رضاهما به وجهان ينشئان من إطلاق أدله الفرض و كونه كفرض الزوجه، ضروره ظهور قوله تعالى(۵):

«فَرَضْتُمْ» فى كون الفرض للزوج، و من قاعده الاقتصار على المتيقن، و حينئذ فلو فرضه الأجنبى و دفعه إلى الزوجه ثم طلقها قبل الدخول احتمل المتعه، فيرد المدفوع إلى الأجنبى بناء على أن فرضه لا يوجب على الزوج شيئا، فوجوده كعدمه، و احتمل الصحه بناء على صحه فرضه، فيرجع النصف إلى الزوج بالطلاق المملک لذلک و إن لم يكن المهر من الزوج نحو ما إذا أدى الأب مهر زوجه ابنه الصغير

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۲۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب عقد النكاح.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب المهور.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب المتعه.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

من ماله فبلغ و طلق قبل الدخول، فإنه يرجع النصف إليه لا- إلى الأب، فما فى القواعد- من احتمال رجوعه إلى الأجنبى على ذلك أيضا، لأنه دفعه ليقضى به ما وجب لها عليه، و بالطلاق سقط وجوب النصف، فيرد النصف إليه، لأنه لم يسقط به حق عمن قضاه- واضح الضعف، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لو تزوج المملوکه ثم اشتراها فسد النکاح]

المسأله الرابعه لو تزوج المملوکه ثم اشتراها قبل الدخول بها فسد النکاح قطعا لما عرفته سابقا من عدم اجتماع سببیه و لا مهر لها و لا متعه و إن کانت مفوضه، ضروره عدم استحقاق السید الأول المهر مع الانتقال عن ملکه و فسخ النکاح، و لا متعه لعدم کونه طلاقا، و لأنها حال استحقاقها غیر مملوکه للسید الأول، و لا یستحق المشتری على نفسه مالا، و کذا لو کان لها مهر مسمى فی العقد و قد اشتراها قبل الدخول، کما هو مفروض المسأله، نعم لو کان قد اشتراها بعد الدخول کان للسید الأول المسمى أو مهر المثل، کما هو واضح.

[المسأله الخامسه یتحقق التفویض فی البالغه الرشیده و لا یتحقق فی الصغیره]

المسأله الخامسه یتحقق التفویض فی البالغه الرشیده قطعا و إن کانت بکرا بناء على الأصح من أن أمرها إلیها و لا یتحقق فی الصغیره و لا المجنونه و لا فی الکبیره السفیهه قطعا أیضا، لأنه لیس لهن التزویج بالمهر فضلا عن التفویض.

انما الکلام فی جواز ذلک للولی، فعن بعضهم عدم جواز ذلک، بل لا یجوز له التزویج بدون مهر المثل و حینئذ ف لو زوجها الولی بدون مهر المثل أو لم یذکر مهرا صح العقد بلا خلاف و لا إشکال مع المصلحه فیه أو عدم المفسده،

و بطل التفويض و النقص من مهر المثل. و يثبت لها مهر المثل بنفس العقد لأنه

«لا نكاح إلا بمهر»(۱)

فمع فرض فساد التفويض و المسمى ليس إلا مهر المثل الذى هو عوض شرعى فهو حينئذ إتلاف لبضع الغير بغير عوض، فلا يجوز كما لا يجوز فى المعاوضات على الأموال، و نسب هذا القول إلى مبسوط الشيخ، و لم نتحققه.

و مع ذلك فيه تردد منشؤه أن الولى له نظر المصلحه فيصح منه التفويض معها وثوقا بنظره، و هو أشبه بإطلاق الأدله المقتضى جواز تصرف الولى فى البضع و المال و غيرهما مع المصلحه أو عدم المفسده، و لأن له العفو عن المهر أصلا، كما أشار إليه فى الآيه الشريفه(۲)«أَوْ يَعْفُوَا الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَهُ النِّكاحِ» فالمتجه حينئذ صحه ذلك معها، نعم لو لم يكن ثم مصلحه فى أصل النكاح أو فى خصوص المهر بالأقل أو التفويض كان العقد أو المهر فضوليا أو باطلا أو أن لها الخيار على ما تقدم الكلام فيه سابقا، بل لو سلم عدم جواز التفويض له أو المهر بالأقل كان المتجه ثبوت مهر المثل بالدخول لا بالعقد الذى لم يذكر ذلك فيه صريحا و لا مقدرا، و لا تلازم بين بطلان التفويض و ثبوت مهر المثل بالعقد، كما هو واضح.

و كيف كان ف على التقدير الأول لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف مهر المثل الذى فرض ثبوته بالعقد، و على ما اخترناه من صيرورتها مفوضه لها المتعه حينئذ كما فى غيرها، هذا و فى المسالك «و أما على تقدير تزويجها بدون مهر المثل فان جوزناه بالمصلحه فلها مع الطلاق قبل الدخول نصف المسمى، و إن أوقفناه على رضاها به بعد الكمال كما هو المشهور فان طلقها قبل الكمال فلها نصف المسمى، و إن طلقها بعده روعى فى الواجب رضاها به أو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب عقد النكاح الحديث ۲ و ۴ و ۶ و فيها« فلا يصلح نكاح الا بمهر».

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

فسخه، فترجع إلى مهر المثل، و إن جعلنا الواجب حينئذ مهر المثل بالعقد إلحاقا لهذه التسميه بالفاسده حيث وقعت بغير عوض المثل وجب بالطلاق نصف مهر المثل» قلت: قد يقال بالمراعاه المزبوره أيضا فيما لو طلقها قبل الدخول، لاتحاد الوجه فيهما فتأمل.

و لا إشكال كما لا خلاف فی أنه يجوز أن يزوج المولی أمته مفوضه، لاختصاصه بالمهر بخلاف المولی عليها لصغر، و حينئذ يلحقها حكم المفوضه من الفرض و المتعه و مهر المثل بالدخول كما عرفت، فان بقيت على ملكه إلى أن دخل بها الزوج استقر ملكه على مهر المثل، و إن اتفق على فرضه هو و الزوج قبل الدخول صح، لأنه يملك بالعقد ما تملكه المفوضه، و لحق المفروض حينئذ حكم المسمی فی العقد، كما هو واضح.

[المسأله السادسه إذا زوجها مولاها مفوضه ثم باعها كان فرض المهر بين الزوج و المولی الثانی]

المسأله السادسه إذا زوجها مولاها مفوضه ثم باعها من آخر كان فرض المهر بين الزوج و المولی الثانی الذی هو المالك حين الفرض إن اختار النكاح، و يكون المهر المفروض أو مهر المثل المستحق بالدخول له دون الأول نعم إن فسخ النكاح بطل العقد و تبعه المهر و لو أعتقها الأول قبل الدخول فرضيت بالعقد كان المهر لها خاصه سواء كان مهر المثل الذی تستحقه بالدخول أو المهر الذی قد تراضت مع الزوج على فرضه بعد تحريرها، و هذا بخلاف ما لو أعتقت بعد تزويجها و تعيين المهر فی العقد، فإنه يكون للمولی كما مر، و الفرق أن المهر يملك بالعقد و المالك لمهر الأمه هو السيد بخلاف المفوضه، فإن ملك المهر يتوقف على الفرض أو الدخول كما مر، فقبله لا مهر، و قد حصل الانتقال عن ملكه قبل تحققه، فيكون لها لحدوثه على ملكها، و أما المشتری فإنه يملك

مع الإجازه على التقديرين، و قد تقدم الكلام فى ذلك فى محله، فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[القسم الثانى تفويض المهر]

و أما القسم الثانى- و هو تفويض المهر- فهو أن يذكر على الجمله و يفوض تقديره إلى أحد الزوجين بعينه، كما عن ظاهر التحرير و غيره، و فى كشف اللثام أو مطلقا، كما ربما يظهر من الخلاف و المبسوط و السرائر، و إليهما جميعا كما فيها و فى التحرير، للأصل و لعموم كون

المؤمنين عند شروطهم (۱)،

و الأولويه من تفويض البضع مع الاتفاق فى المقتضى و فى القواعد أو أجنبى على إشكال من ذلك أيضا، حتى الأولويه بناء على فرض الأجنبى فى المفوضه للبضع، و أنه كالنائب عنهما، و من انتفاء النص، لاقتصاره على أحدهما و أنه معاوضه، فتقدير العوضين إنما يفوض إلى المتعاوضين دون الأجنبى، و فى كشف اللثام و ضعفهما ظاهر بعد ما عرفت.

قلت: الذى عثرنا عليه من النصوص

خبر زراره(۲)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأه على حكمها، قال: لا تتجاوز بحكمها مهر نساء محمد صلى الله عليه و آله اثنتى عشره أوقيه و نش، و هو وزن خمسمائه درهم من الفضه، قلت: أ رأيت إن تزوجها على حكمه و رضيت بذلك؟ فقال: ما حكم من شى ء فهو جائز عليها قليلا كان أو كثيرا، قال: قلت له: فكيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟ قال: فقال:

لأنه حكمها، فلم يكن لها أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه و آله و تزوج عليه نساءه، فرددتها إلى السنه، و لأنها هى حكمته، و جعلت الأمر إليه فى المهر، و رضيت بحكمه فى ذلك، فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان أو كثيرا»

و صحيح ابن مسلم (۳)عنه عليه السلام أيضا «فى رجل تزوج امرأه على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعه و الميراث و لا مهر لها، قلت: فان طلقها و قد تزوجها على حكمها، قال: إذا طلقها و قد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۲.

أکثر من وزن خمسمائه درهم فضه، مهور نساء رسول الله صلی الله علیه و آله»

و خبر أبی جعفر(۱)قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام: رجل تزوج امرأه بحکمها ثم مات قبل أن یحکم، قال: لیس لها صداق، و هی ترث»

و خبر أبی بصیر(۲)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یفوض الیه صداق امرأته فتنقص عن صداق نسائها، قال: یلحق بمهر نسائها»

و هی کما تری مشتمله علی التفویض للزوج بعینه أو الزوجه کذلک.

لکن قد یقال: إن مبنی ذلک إطلاق الأدله و عمومها الذی لا فرق فیهما بین هذین القسمین و غیرهما، ضروره أنها مفوضه البضع، إلا أنه اشترط فی العقد تعیین الفارض للعقد، و بذلک افترقت عن موضوع مفوضه البضع الذی هو إهمال ذکر المهر أصلا فی العقد حتی اشتراط فرضه، فلیس حینئذ تفویض المهر قسما من المهر المجهول صح للأدله الخاصه حتی یقتصر فیه علی ما تضمنته دون غیره من الأقسام، إذ لم یذکر مهرها فی العقد بلفظ مشترک لفظا أو معنی مرادا منه فرد خاص و فرض تعیینه إلی الزوجه أو الزوج حتی یکون من المهر المجهول، بل المراد أنه فوض فی عقدها أصل تقدیر المهر إلی الزوج أو الزوجه، فهی فی الحقیقه مفوضه البضع، إلا أن الفرق بینهما بأن الفرض فی مفوضه البضع لم یتعرض فی العقد إلیه و لا إلی من یفرضه، بخلاف مفوضه المهر، فإنه قد تعرض فی عقدها إلی تعیین من یفرض مهرها، فلا مهر فی عقدها کی یکون مجهولا.

فالمراد حینئذ من ذکر المهر فی الجمله المذکور فی المتن و غیره ذکره بالطریق الذی قلناه، بمعنی أنه تعرض فی عقدها إلی تعیین من یفرضه بخلاف مفوضه البضع التی أهمل فیه ذکر المهر أصلا حتی بذلک، بل المراد بما

فی النصوص «من تزوج المرأه بحکمها أو بحکمه»

هذا المعنی أیضا و لیس هو من المهر المجهول الذی هو بمعنی ذکر مشترک لفظا أو معنی و أرید منه فرد خاص و فوض تعیینه إلی أحدهما، فإن هذا و نحوه المهر المجهول.

و من ذلک ظهر لک خطأ المخالفین فی إبطال هذا القسم من التفویض و جعله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحدیث ۴.

من المهر الفاسد و إجراء حكمه عليه.

كما أنه ظهر لک جواز اشتراط جميع أفراد الفرض الجائزه فی مفوضه البضع من دون اشتراط للاندراج تحت

قوله صلی الله عليه و آله(۱): «المؤمنون عند شروطهم»

الذی قد استدل به هنا غير واحد من الأصحاب فضلا عن الإطلاقات و العمومات و الأولويه التی سمعتها من کشف اللثام.

و علی کل حال فان کان الحاکم الذی اشترط فی العقد هو الزوج لم يتقدر فی طرف الکثره

التی هی حکمه علی نفسه و لا القله إلا بما يتمول و يصح جعله مهرا التی هی حکم علی الزوجه برضاها.

و لذلک جاز أن يحکم بما شاء بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلی ما سمعته من الصحيح (۲)و غيره (۳)و من هنا وجب حمل خبر أبی بصير(۴)علی الندب، أو علی ما عن الشيخ من أنه فوض إليه صداق امرأته علی أن يجعله مثل مهور نسائها فنقصها، أو غير ذلک الذی هو أولی من الطرح.

و لو کان الحکم إليها لم يتقدر فی طرف القله إلا بما عرفت، لأنه حکم علی نفسها و يتقدر فی طرف الکثره بما لا مزيد عن مهر نساء محمد صلی الله عليه و آله و بناته اللاتی (۵)هن أعلی من کل امرأه إذ لا يمضی حکمها فيما زاد عن مهر السنه، و هو خمسمائه درهم بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلی الصحيح السابق و غيره، و منه يعلم وجه الفرق بين مضی حکمه عليها دون حکمها عليه، باعتبار أن لها حدا لا يجوز لها أن تتجاوزه بخلافه، فإنه لا حد له کما أومأ إليه فی الصحيح(۶).

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۴.

۵- ۵ و فی النسخه الأصليه« التی».

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۲.

و لو كان الحاكم الأجنبى فقيل: الظاهر الاقتصار على مهر المثل إلا أن يصرحا بالرضا بما يفرضه أيا كان، و فيه أنه لا فرق بين

التصريح بذلك و الظهور، و لو من حيث إطلاق الحكم نحو إطلاق الحكم للزوج الذى قد عرفت مضى حكمه على كل حال، نعم لو فرض تحكيم الأجنبى على وجه يكون نائبا عنها لا عن الزوج أو بالعكس أو عنهما جميعا جرى على الأولين حكم المنوب عنه، و على الثالث يتقيد بما لا يزيد عن مهر السنه، لكن من جعل الحكم إلى الأجنبى كان حاكما أصليا لا نائبا على وجه يراعى فيه حكومه المنوب عنه، فالمتجه حينئذ مضى حكمه على كل حال، كتحكم الزوج، و لا يتقيد بما تقيد به تحكم الزوجه المنصوص عليه بخصوصه.

و لو كان الحكم إليهما فلا إشكال مع التراضى، و مع التخالف قيل: يوقف حتى يصطلحا، كما عن المبسوط و التحرير، و يحتمل الرجوع إلى الحاكم و إلى مهر المثل، قلت: قد يقال: إذا بذل الزوج لها ما يساوى مهر السنه لم يكن لها اقتراح الزائد، لظهور الخبر المزبور(۱)فى ذلك، سواء كان الحكم لها خاصه أو مشتركا بينها و بين غيرها، نعم لو حكم بالأقل من ذلك كان لها خلافه، فيحتاج حينئذ إلى الحاكم، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و على كل حال ف لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم الزم من اليه الحكم أن يحكم مقدمه لإيصال الحق إلى صاحبه و كان لها النصف من ذلك و لا تسقط حكومته بالطلاق، للأصل و

عموم «المؤمنون عند شروطهم»(۲)

و الصحيح (۳)السابق متمما بعدم القول بالفصل، و بذلك ظهر الفرق بينها و بين مفوضه البضع الذى لا فرض لها بعد الطلاق.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۲.

و لو كـانت هى الحـاكمه فلهـا النصف ما لم تزد فى الحكم عن مهر السـنه فان زادت ردت إليه فى ذلك الحكم على الأقوى، و يحتمل إلزامها بفرض آخر لفساد فرضها الأول بالزياده.

و لو امتنعت عن الحكم على وجه لاـ يمكن إجبارهـا احتمل قيام الحاكم مقامها، يحكم لها بما لا يزيـد عن مهر السـنه، و يحتمل إيقاف حقها حتى تحكم.

و لو امتنع الزوج عن الحكم على وجه لا يمكن إجباره عليه احتمل قيام الحاكم مقامه، فيحكم عليه بما لا يزيد على مهر المثل أو السنه، و يحتمل الإيقاف حتى يتمكن من إلزامه بالحكم.

و لو جن مثلاـ من إليه الحكم قـام وليه مقـامه فى وجه، و الحـاكم فى آخر و بطلاـن الحكومه و إيجاب المتعه لها لصـدق كونها مطلقه قبـل المس و لاـ فرض لهـا، و كـذا لو طلقت قبـل الـدخول و مـات من له الحكم، و لعله لاـ يخلو من قوه، و ربما كان فى صحيح ابن مسلم (۱)المتضمن للمتعه بالموت إيماء إليه فى الجمله.

و كيف كـان ف لو مات الحاكم قبل الحكم و بعـد الـدخول فلها مهر المثل مطلقا أو ما لم يزد عن مهر السـنه، خصوصا إذا كان الحكم إليها و قد مات قبله بلا خلاف و و لا إشكال، و إن كان قبل الدخول قيل و القائل المشـهور نقلا أو تحصيلا سقط المهر، و لها المتعه لصحيح ابن مسلم (۲)السابق المؤيد بأنها ليست مفوضه بضع حتى يقال: إنها أقدمت على المجانيه و لا مسمى لها فى العقـد، و لاـ مقتضـى لمهر المثل إذ الفرض كونه قبل الـدخول، فليس حينئـذ إلا المتعه و بـذلك ظهر الفرق بينها و بين مفوضـه البضع التى لا شى ء لها عندنا فى مفروض المسأله.

و المناقشه فى الصـحيح- بأن النشـر على ترتيب اللف فيكون الحكم بالمتعه فيما إذا مات المحكوم عليه لا الحاكم، و باختصاص الجواب فيه بموت الزوج، إذ لو ماتت لم يكن لها ميراث، و لا تتم المقايسه بإيجاب المتعه لها و الميراث له- يدفعها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب المهور الحديث ۲.

أنه لا ـ فرق بين الموتين و أنه لا ـ جهه لثبوت المتعه بموت المحكوم عليه مع بقاء الحاكم، فإن المؤمنين عند شروطهم، و انعقد النكاح على حكمه، فإذا كان باقيا كان له الحكم، و لا أثر لموت المحكوم عليه، كيف و قد نص فى الخبر بعد ما ذكر على أن له الحكم مع الطلاق القاطع لعلاقه الزوجيه بخلاف الموت، فلا بد من الحمل على موت الحاكم جمعا بين طرفيه و بين

الأصول، كل ذلك مضافا إلى فهم المراد منه عرفا، كما هو واضح.

و منه يعلم حينئذ ما فى قواعد الفاضل من وجوب مهر المثل، لأنها لم تفوض بضعها، بل سمى لها فى العقد مهر مبهم، فاستحقت المهر بالعقد، و لما لم يتعين وجب الرجوع إلى مهر المثل، مع أنه لم نره لأحد قبله و لا بعده، و إن حكى عن الشيخ إلا أنا لم نتحققه، بل لعل المحقق عنه خلافه، ضروره كونه من الاجتهاد فى مقابله النص، على أن مهر المثل لم يذكراه فى العقد و لا كان فى قصدهما، فكيف يتصور وجوبه به؟ و دعوى أن كل مهر فى العقد قد تعذر تعيينه يقتضى الانتقال إلى مهر المثل ممنوعه على مدعيها، بل قد يمنع أصل تسميه المهر فى العقد فى مفروض المسأله الذى قد عرفت أنه من مفوضه البضع إلا أنه تعرض فى العقد لذكر الفارض كما أوضحناه فى السابق.

و من هنا كان المتجه مع قطع النظر عن الصحيح المزبور ما عن ابن إدريس رحمه الله من عدم وجوب شى ء لها لا متعه و لا غيرها، و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله:

و قيل: ليس لها أحدهما و لكن قد عرفت أن الأول مروى صحيحا، و قد عمل به المعظم، فلا محيص عنه حينئذ، و وجوب المتعه حينئذ له لا على أصولنا من حجيه مثله (۱)لا للقياس الفاسد عند الإماميه، كما هو واضح.

۱- ۱ هكذا فى النسختين الأصليتين و الصحيح« و وجوب المتعه حينئذ له على أصولنا من حجيه مثله».

[الطرف الثالث فی الأحکام]

اشاره

الطرف الثالث فی الأحکام

[مسائل]

اشاره

و فیه مسائل:

[المسأله الأولی إذا دخل الزوج قبل تسلیم المهر کان دینا علیه]

الأولی إذا دخل الزوج قبل تسلیم ما فی ذمته من المهر الحال فضلا عن المؤجل أو بعضه کان جمیعه أو الباقی منه دینا علیه، و لم یسقط بالدخول، سواء طالت مدتها عنده أو قصرت، طالبت به أو لم تطالب به للأصل و الإجماع بقسمیه، و العمومات من قوله تعالی (۱)«وَ آتُوا النِّساءَ صَدُقاتِهِنَّ نِحْلَةً» و غیره، و خصوص المعتبره المستفیضه أو المتواتره(۲)الصریحه فی ذلک المعتضده بأصول المذهب و قواعده و لکن مع ذلک فیه روایه أخری (۳)متعدده، و بعضها معتبر السند، لکنها مهجوره بین الطائفه و إن قیل فی التهذیبین عن بعض الأصحاب السقوط بالدخول، و لم نتحققه.

نعم عن الصدوق و الحلبی أنها إن أخذت منه شیئا قبل الدخول سقط الباقی إلا أن توافقه علی بقاء الباقی علیه دینا، و لعله لیس خلافا فی المسأله، ضروره کون ذلک منهما باعتبار ظهور حال رضاها بما دفع إلیها و تسلیمها نفسها بذلک فی العفو عنه، لا مع عدم ظهور ذلک، کما هو ظاهر القول بأن الدخول من حیث کونه دخولا مسقطا للمهر، و احتمال إراده

دلالته علی الاسقاط خلاف ظاهر القول و دلیله، و لو سلم فلا ریب فی ضعفه، لما ستعرف من عدم کونه کذلک عرفا، إذ

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحدیث ۴ و ۵ و ۶ و ۸ و ۱۴ و ۱۵.

هو أعم، و لا شرعا لعدم ما يصلح له على وجه يقاوم ما يدل على غيره، و يمكن أن يكون ما عن الصدوق و الحلبى فى المسأله المشهوره بين الأصحاب، بل عن ابن إدريس و غيره الإجماع عليها، و هى فى المفوضه التى لم يسم لها مهرا إذا قدم لها شيئا قبل الدخول ثم دخل بها ساكته عن ذكر المهر كان ذلك مهرها و ليس لها بعد المطالبه بمهر المثل، بل و لا بمهر السنه، و لعل ذلك هو المراد من

صحيح الفضيل (۱)عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه و دخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئا من صداقها على ورثته فجاءت تطلبه منهم و تطلب الميراث، فقال: أما الميراث فلها أن تطلبه، و أما الصداق فالذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها فهو الذى حل للزوج به فرجها قليلا كان أو كثيرا إذا قبضته منه و دخلت عليه به، و لا شى ء لها بعد ذلك»

بل يمكن تنزيل غيره من بعض النصوص الاتيه عليه.

و على كل حال فالروايه التى أشار إليها المصنف هى

خبر محمد بن مسلم (۲)عن أبى جعفر عليه السلام «فى الرجل يتزوج المرأه و يدخل بها ثم تدعى عليه مهرها، قال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل»

و خبر عبيد بن زراره(۳)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يدخل بالمرأه ثم تدعى عليه مهرها، قال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل»

و خبره الآخر(۴)عنه عليه السلام أيضا «دخول الزوج على المرأه يهدم العاجل»

و خبر على بن كيسان (۵)«كتبت إلى الصادق عليه السلام أسأله عن رجل يطلق امرأته و طلبت منه المهر، و روى أصحابنا إذا دخل بها لم يكن لها مهر، فكتب: لا مهر لها»

و خبر عبد الرحمن (۶)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزوج و المرأه يهلكان جميعا، فيأتى ورثه المرأه فيدعون على ورثه الرجل الصداق، فقال: و قد هلكا و قسم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شى ء، قلت: و إن كانت المرأه حيه فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها فقال: لا شى ء لها، و قد أقامت معه مقره حتى هلك زوجها، فقلت: فان ماتت و هو حى فجاء ورثتها يطالبون بصداقها،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۵.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المهور الحديث ١٥.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٨- من أبواب المهور الحديث ٨.

فقال: و قـد أقامت حتى ماتت لا تطلبه؟ فقلت: نعم، قال: لا شـی ء لهم، قلت: فان طلقها فجاءت تطلبه صـداقها؟ قال: و قد أقامت لاـ تطالبه حتى طلقها؟ قال: لا شـی ء لها، فقلت: فمتى حـد ذلك الـذی إذا طلبته كان لها؟ قال: إذا أهـديت إليه و دخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شی ء لها، إنه كثير لها أن يستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قليل و لا كثير»

و خبر المفضـل بن عمر(۱)عن الصـادق عليه السـلام المتقـدم سابقـا فی مهر السـنه، قـال فيه: «فـان أعطاها من الخمسه مأه درهم درهمـا أو أكثر من ذلـك ثم دخـل بهـا فلاـ شـی ء عليه، قلت: فـان طلقهـا بعـد ما دخل بها، قال: لا شـی ء لها إنما كان شـرطها خمسـمائه درهم، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفی صداقها هدم الصداق، فلا شی ء لها إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك فی حياته أو بعد موته فلا شی ء لها».

لكن لقصورهـا عن معـارضه مـا عرفت من وجوه وجب طرحها أو حملها على هـدم المطالبه للتمكين ثانيا، أو على أن الظاهر من التمكين إما القبض أو الإبراء، خصوصا إذا تأخرت المطالبه عن الطلاق أو الموت، فلا يقبل قولها فی الاستحقاق،

قال الصادق عليه السـلام فی خبر الحسن بن زياد(۲): «إذا دخـل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال الزوج: قـد أعطيتك فعليها البينه و عليه اليمين»

بل

قوله عليه السلام فی خبر عبد الرحمن (۳)منها: «و كثير لها منه»

إلى آخره كالصـريح فی خلاف ما يقوله الخصم، ضـروره أنه لا وجه لليمين مع فرض السـقوط بالدخول، بل هو حينئذ دال على المختار، كخبر ابن زياد، و ذلك واضح.

بل قـد يقال: إن القول قول الزوج فی عدم اسـتحقاقها المهر عليه مطلقا، ضـروره أن صـيرورتها زوجه له أعم من اسـتحقاقها عليه ذلـك، و إن كـان النكـاح لاـ يخلو من مهر، إذ من المحتمـل كون المهر شـيئا له كـان فی ذمتهـا أو عينـا عنـدها أو غير ذلك، و احتمـال القول: إن ملـك البضع أو الـدخول به يسـتدعی عوضا- فيحصل حينئـذ سـبب اسـتحقاقها، و يكون بـذلك القول قولها، خصوصا مع أصاله عدم وصول شی ء

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۱۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحديث ۸.

منه إليها- يدفعه ظاهر النص و الفتوى، و ستسمع لذلک تتمه إنشاء الله فی مسائل التنازع.

و من الغريب بعد ذلک کله ما فی وافی الکاشانی حيث إنه بعد ذکر جميع النصوص قال: «و يخطر بالبال أن يحمل مطلق هذه الأخبار علی مقيدها، أعنی يحمل سقوط مطلق الصداق علی سقوط العاجل منهم، فإنهم کانوا يومئذ يجعلون بعض الصداق عاجلا و بعضه آجلا، کما مر التنبيه عليه فی بعض ألفاظ خطب النکاح و کان معنی العاجل ما کان دخوله به مشروطا

علی إعطائه إياها، فإذا دخل بها قبل الإعطاء فکأن المرأه أسقطت حقها العاجل و رضيت بترکه له، و لا سيما إذا أخذت بعضه أو شيئا آخر، کما دل عليه حديث الفضيل، و أما الأجل فلما جعلته حين العقد دينا عليه فلا يسقط إلا بالأداء، و عليه يحمل أخبار أول الباب» ضروره معلوميه قصور المقيد عن مقاومه المطلق من وجوه، علی أن بعض تلک النصوص کالصريح فی عدم سقوط العاجل بالدخول، و أنه يکون دينا، کما أن بعض هذه النصوص ظاهر فی سقوط الأجل بالدخول، و هو

خبر أبی بصير(۱)عن أحدهما عليهما السلام «فی رجل زوج مملوکته من رجل علی أربعمائه درهم فيحل له مأتی درهم، و أخر عنه مأتی درهم، فدخل بها زوجها، ثم إن سيدها باعها من رجل، لمن يکون المائتان المؤخرتان علی الزوج؟ قال: إن لم يکن أوفاها بقيه المهر إن کان الزوج دخل بها و هی معه و لم يطلب السيد منه بقيه المهر حتی باعها فلا شی ء له عليه و لا لغيره، و إذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا کان يعرف هذا الأمر»

و حينئذ فالتحقيق ما عرفت، و الله العالم.

و کيف کان فالمشهور بين الأصحاب شهره عظيمه أن الدخول الموجب للمهر هو الوطء قبلا أو دبرا علی وجه يتحقق عليه الغسل و إن لم ينزل دون غيره، للأصل و ظاهر قوله تعالی (۲)«ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ» المتفق علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۷- من أبواب نکاح العبيد و الإماء الحديث ۱.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۶.

أنه بمعنى الوطء، على أنه متردد بين إراده المعنى اللغوى و الشرعى، و الأول باطل اتفاقا فيبقى الثانى، و هو الوطء، و استفاضه النصوص أو تواترها على تعليق ذلک علیه،

قال الصادق عليه السلام فى خبر ابن البخترى (۱): «إذا التقى الختانان وجب المهر و العده و الغسل»

و فى خبر داود بن سرحان (۲)«إذا أولجه فقد وجب الغسل و الجلد و الرجم و وجب المهر»

و سأله عليه السلام يونس بن يعقوب (۳)أيضا «عن رجل تزوج امرأه فأغلق بابا و أرخى سترا و لمس و قبل ثم طلقها، أ يجب عليه الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلا الوقاع»

و قال عبد الله بن سنان (۴):

سأله عليه السلام أيضا أبى و أنا حاضر «عن رجل تزوج امرأه فأدخلت عليه فلم يمسها و لم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عده منه؟ فقال: إنما العده من الماء، قيل له: فان كان واقعها فى الفرج و لم ينزل، قال: إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العده»

و قال يونس بن يعقوب (۵)سمعته عليه السلام أيضا يقول: «لا يوجب المهر إلا الوقاع فى الفرج»

و قال ابن مسلم (۶)«سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال:

إذا دخل بها»

و قال يونس(۷): «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فأدخلت عليه، فأغلق الباب و أرخى الستر و قبل و لمس من غير أن يكون وصل إليها بعد ثم طلقها على تلک الحال، قال: ليس عليه إلا نصف المهر»

إلى غير ذلک من النصوص (۸)الوارده فى العنين و غيره.

و حينئذ ف لا يجب بالخلوه و إن كانت تامه بحيث لا مانع من الوطء حتى الإنزال فى الفرج من دون وطء و لكن مع ذلک قيل: يجب بالخلوه أيضا على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحديث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب المهور الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحديث ۶.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحديث ۷.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب المهور الحديث ۵.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب العيوب و التدليس الحديث ۵ و الباب ۱۵ منها الحديث ۱ و الباب- ۱۷- منها الحديث ۳.

معنی أنهـا سـبب تـام فی وجـوبه کالـدخول، إلاـ أنـا لم نتحقق القائـل به، و إن حکی عن خلاـف الشـیخ أنه حکـاه عن قوم من أصـحابنا، نعم فی النهـایه «مـتی خلاـ الرجـل بـامرأته و أرخی الستر ثم طلقهـا أوجب علیه المهر علی ظـاهر الحـال، و کـان علی الحـاکم أن یحکم بـذلک و إن لم یکن قـد دخـل بها، إلا أنه لا یحل للمرأه أن تأخـذ أزیـد من النصف» و نحوه حکی عن ابن البراج و الکیدری، بل عن ابن أبی عمیر «أنه

اختلف الحـدیث فی أن لهـا المهر کملاـ أو بعضه، قـال بعضـهم: نصف المهر، و إنمـا معنی ذلک أن الوالی إنما یحکم بالحکم الظـاهر إذا أغلق البـاب و أرخی الستر وجب المهر، و إنمـا هـذا علیهـا إذا علمت أنه لم یمسـها فلیس لهـا فیمـا بینها و بین الله إلا نصف المهر».

بـل لعله هو مراد الصـدوق فی محکی المقنع «إذا تزوج الرجل المرأه و أرخی السـتور و أغلق الباب ثم أنکرا جمیعا المجامعه فلا یصدقان، لأنها ترفع عن نفسها العده و یرفع عن نفسه المهر» مشیرا بذلک إلی ما فی

خبر أبی بصیر(۱)عن أبی عبـد الله علیه السـلام قلت له: «الرجـل یتزوج المرأه فیرخی علیه و علیهـا الستر أو یغلق الباب ثم یطلقها فتسأل المرأه هل أتاک؟ فتقول: ما أتانی، و یسأل هو هل أتیتها؟

فیقول: لم آتها فقال: لا یصدقان، و ذلک لأنها ترید أن تدفع العده من نفسها، و یرید أن یدفع هو المهر»

و هو أحد نصوص المختار، ضروره أنه لو کانت الخلوه نفسها موجبه لم یکن لعدم تصدیقهما مدخلیه فی ذلک.

و لعله علیه یحمل

خبر زراره(۲)عن أبی جعفر علیه السـلام: «إذا تزوج الرجـل المرأه ثم خلاـ بهـا و أغلـق بابـا و أرخی سـترا ثم طلقهـا فقـد وجب الصداق، إخلاؤه بها دخول»

و خبر السکونی (۳)عن أبی جعفر عن أبیه علیهما السلام: «إن علیا علیه السلام کان یقول:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب المهور الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائـل الباب- ۵۵- من أبواب المهور الحـدیث ۴ عن إسـحاق ابن عمار کما فی التهـذیب ج ۷ ص ۴۶۴ الرقم ۱۸۶۴ و الاستبصار ج ۳ ص ۲۲۷ الرقم ۸۲۲.

من أجاف من الرجال على أهله بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق»

كما عن الشيخ التصريح بحملهما على ذلك مستدلا عليه بخبر أبى بصير السابق، قال:

«و متى كانا صادقين أو كان هناك طريق يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر إلا المواقعه» مستدلا عليه بخبر زراره السابق، ثم حكى ما سمعته من ابن أبى عمير، و قال: «هذا وجه حسن و لا ينافى ما قدمناه، لأنه، إنما أوجبناه نصف المهر مع العلم بعدم الدخول و مع التمكن من معرفه ذلك، فأما مع ارتفاع العلم و ارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن أبى عمير».

و من ذلك كله ظهر لك الوجه فى نصوص الخلوه التى منها ما سمعت، و (منها)

حسن الحلبى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يطلق المرأه و قد مس كل شى ء منها إلا أنه لم يجامعها، إلها عده؟ فقال: ابتلى أبو جعفر عليه السلام بذلك، فقال له أبوه على بن الحسين عليهما السلام:

إذا أغلق بابا و أرخى سترا وجب المهر و العده».

و (منها)

خبر محمد بن مسلم (۲)عن أبى جعفر عليه السلام «سألته عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخيت الستور و أجيف الباب، و قال: إنى تزوجت امرأه فى حياه أبى على بن الحسين عليهما السلام و إن نفسى تاقت إليها فذهبت إليها فنهانى أبى، فقال:

لا تفعل يا بنى، لا تأتها فى هذه الساعه، و إنى أبيت إلا أن أفعل، فلما دخلت عليها قذفت إليها بكساء كان على و كرهتها، و ذهبت لأخرج، فقامت مولاه لها فأرخت الستر و أجافت الباب، فقلت: قد وجب الذى تريدين»

إلى غير ذلك من النصوص المحموله على ما عرفت أو على التقيه، لقصورها عن معارضه ما سمعت من وجوه.

و أما ما يحكى عن ابن الجنيد- من وجوب المهر بالجماع فى غير الفرج و التقبيل و سائر أنواع الاستمتاع إذا كان بتلذذ و الإنزال بالملاعبه- فلم أجد له فى هذه النصوص ما يدل عليه، و يمكن أن يكون قد أخذه من النصوص (۳)الداله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب المهور الحديث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

علی قیام نحو ذلک مقام الوطء فی حرمه مملوکه الولد علی الوالد و بالعکس، باعتبار تنزیل ذلک منزله الجماع، لکنه کما تری.

و من ذلک کله ظهر لک أن الأقوال أربعه و أن الأول منها أظهر، بل هو الأصح، و الله العالم.

[المسأله الثانیه قیل إذا لم یسم لها مهرا و قدم لها شیئا ثم دخل بها کان ذلک مهرها]

المسأله الثانیه قیل و القائل الشیخان و سلار و بنو زهره و إدریس و سعید علی ما حکی عنهم إذا لم یسم لها مهرا فی العقد و لا بعده و قدم لها قبل الدخول شیئا ثم دخل بها کان ذلک مهرها، و لم یکن لها مطالبته بعد الدخول، إلا أن تشارطه قبل الدخول علی أن المهر غیره أو أن ما قدمه لها بعض المهر و هو تعویل علی تأویل روایه(۱)و استناد إلی قول مشهور بل لا أجد فیه خلافا، بل فی محکی السرائر أن دلیل هذه المسأله الإجماع مؤیدا بما عن المقنعه من دلاله التمکین علی الرضا بذلک مهرا، و إن کان فیه ما فیه، و بصحیح الفضیل (۲)المتقدم و إن لم یکن صریحا فی ذلک، بل ربما کان المراد منه و قبلته مهرا، بل ظاهر قول المصنف «تأویل روایه» أن ذلک لیس مدلولها، و إنما هو تأویل، بل ظاهره التردد فیه، بل ظاهر ثانی الشهیدین عدمه و الرجوع إلی القواعد الشرعیه، و هی إن رضیت به مهرا لم یکن لها غیره، و إلا فلها مع الدخول مهر المثل، و یحتسب ما وصل إلیها منه إذا لم یکن علی وجه التبرع کالهدیه.

لکن لا یخفی علیک ما فی ذلک کله بعد الإجماع المزبور المعتضد بفتوی المعظم الذی به تجبر دلاله الصحیح المتقدم، فلا بأس بخروج هذه المسأله عن

۱- ۱ المستدرک الباب- ۸- من أبواب المهور الحدیث ۸ و ۱۳ و ۱۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحدیث ۱۳.

القواعد لذلک، و لا حاجه إلی ما عن المختلف من أنه کانت العاده فی الزمن الأول تقدیم المهر علی الدخول، و الان بخلافه، و لعل المنشأ فی الحکم العاده، فإن کانت العاده فی بعض الأزمان و الأصقاع کالعاده القدیمه کان الحکم ذلک، و إلا فلا، فان تنزیل ما عرفت علی ذلک لا یخفی ما فیه، نعم ینبغی الاقتصار فیه علی المتیقن، و هو خصوص المفوضه الساکته علی ما قدم لها من شی ء، و هل یعتبر فیه مع ذلک قصد الزوج أن ذلک مهرها أو لا یعتبر، بل یکفی تقدیمه ساکتا أیضا؟ وجهان، مقتضی الاقتصار علی المتیقن الأول، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا طلق قبل الدخول کان علیه نصف المهر]

المسأله الثالثه إذا طلق قبل الدخول کان علیه نصف المهر المسمی فی العقد أو المفروض بعده بلا خلاف فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی الکتاب (۱)و السنه(۲)فان کان دینا علیه و لم یکن قد دفعه برأت ذمته من نصفه، و إن کان عینا کانت مشترکه بینه و

بینها و لو کان دفعه إلیها استعاد نصفه إن کان باقیا، أو نصف مثله إن کان تالفا، و لو لم یکن له مثل فنصف قیمته التی هی أقرب شی ء إلیه، و تقوم مقامه عند التعذر و لو اختلفت قیمته فی وقت العقد و وقت القبض لزمها أقل الأمرین علی المشهور، لأنه ملکته بتمامه بالعقد علی الأصح فالزیاده حینئذ لها، و لیس النقصان علیها، فإنه لیس مضمونا علیها للزوج، لأنه ملکها، خصوصا و لم یسلم إلیها، فإن زادت حین التسلیم لم یستحق الزیاده، و إن نقصت حینه لم یضمن له النقصان، و إن نقصت فی البین ثم زادت و الزیاده متجدده غیر مستحقه له فهی لها (و بالجمله) إن کانت القیمه یوم العقد هی الأکثر

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب المهور.

فالنقص قبل القبض مضمون علیه، فلا تضمن له ما هو فی ضمانه، و إن کانت القیمه یوم القبض هی الأکثر فهی زیاده فی ملکها، فلا تضمن له ما هو لها، هذا خلاصه ما ذکره.

و فیه أن القیم السوقیه غیر مضمونه بحال، و المتجه لو لا ما سمعته من خبر علی ابن جعفر(۱)من ضمان القیمه یوم القبض لا أقل الأمرین ما بینه و بین العقد، کما سمعته من المشهور ضمانها القیمه یوم التلف باعتبار تعلق حق الاستعاده فی العین ما دامت موجوده، فمع تلفها یتعلق بقیمتها فی ذلک الیوم الذی هو ابتداء تعلق الحق المزبور أو ضمانها القیمه یوم الطلاق الذی هو یوم تملک النصف

من العین أو من قیمتها فی ذلک الیوم، إلا أن ذلک کله من الاجتهاد فی مقابله النص بعد ما سمعته من خبری علی بن جعفر(۲)فضلا عما سمعته من المشهور المبنی علی ما عرفت مما لا یخفی ما فیه، خصوصا قولهم: «إنها لا تضمن له ما هو لها» ضروره أن المال فی یدها و إن کان لها، إلا أنه مضمون علیها، بمعنی أنه لو طلق قبل الدخول کان له علیها القیمه لو کانت العین تالفه، و هذا معنی الضمان، فتأمل جیدا، هذا کله مع بقاء العین بحالها.

و أما لو زال ملکها علی المهر قبل الطلاق بوجه لازم کالبیع و العتق و الهبه اللازمه لزمها مثل النصف أو قیمته، ضروره کونه حینئذ کالتالف، بل لو عاد إلی ملکها بعد أن دفعت له المثل أو القیمه لم یکن له الرجوع، نعم لو عاد قبل الدفع رجع، لزوال المانع من الرجوع قبل سقوط حقه منها بأخذ المثل أو القیمه، و لأن الرجوع إلیهما لتعذر العین مع کونهما أقرب الأشیاء إلیها، و لا تعذر حینئذ،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحدیث ۲، الا أنه لم یتقدم لعلی ابن جعفر ما یدل علی ذلک. و الظاهر أنه سهو من قلمه الشریف، و الصحیح« ما تسمعه».

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحدیث ۲ بسندین أحدهما عن علی بن جعفر و الثانی عن السکونی و لم یتقدم لعلی بن جعفر خبر یدل علی ذلک، و الظاهر أنه سهو من قلمه الشریف هنا أیضا، و الصحیح« ما تسمعه» فإنه قده ذکرهما بعد قلیل.

مع احتمال العدم أيضا، لسقوط حقه من العين أولا، و كون العود مملكا لا من جهه الصداق، و لأنه بالطلاق تعلق خطاب المثل أو القيمه، و لا دليل على ارتفاعه و إن كان قد يناقش بمنع سقوط الحق مطلقا، و عدم منافاه تملكه بالعود للتملك بالطلاق الذى هو سبب جديد لذلک، لا أنه التمليک باعتبار تسببه فسخ

السبب الأول الذى ملكت به المرأه حتى يقال: إن العود مملک غير الصداق، و تعلق خطاب المثل أو القيمه على جهه التزلزل لمكان التعذر كما هو واضح.

و لو تعلق به حق لازم من غير انتقال كالرهن و الإجاره ففى القواعد «تعين البدل، فان صبر إلى الخلاص فله نصف العين، و لو قال: أنا أرجع فيها و أصبر حتى تنقضى الإجاره احتمل عدم وجوب الإجابه و إجباره على أخذ القيمه إذا دفعتها، لأنه يكون حينئذ مضمونا عليها، و لها أن تمتنع منه، إلا أن يقول أنا أقبضه و أرده أمانه، أو يسقط عنها الضمان على إشكال فله ذلک» و فى كشف اللثام «أنه يشكل الحكم بتعيين البدل مع كون الطلاق مملكا فان التمليک إذا كان قهريا و العين باقيه فى ملكها لزم التعلق بها كالإرث» و فيه أيضا احتمال وجوب الإجابه عليها مطلقا، لتعلق حقه بالعين أولا، و لا ينافيه تعلق حق الغير بها من جهه أخرى، فإذا رضى بالعين مسلوبا عنها المنافع مده الإجاره أو الارتهان لزمتها الإجابه.

قلت: قد يقال: ليس له إلا البدل مطلقا، لعدم بقاء ما فرضه كما فرضه، و الطلاق إنما يملک قهرا إذا كانت العين موجوده على الحال التى دفعها، و رضاه بغير ماله لا يوجب الإجابه عليها، و قد يفرق بين الارتهان و الإجاره، خصوصا مع كون المده قليله، فتأمل.

و لو انتقل عنها لا على جهه اللزوم كما لو باعته بخيار تخيرت بين الرجوع و دفع نصف العين و عدمه و دفع نصف القيمه.

و لو نقصت عينه أو صفته مثل عور الدابه أو نسيان الصنعه قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه و يحيى بن سعيد فى المحكى عن جامعه كان له نصف القيمه سليما تنزيلا للتعيب بذلک منزله التلف، و له نصف العين أى بلا

أرش على الظاهر منهما، لأن الرجوع إلى القيمه لكونها أقرب الأشياء إلى العين فالعين أولى، و لقوله تعالى (۱)«فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ» و هى عين المفروض، و إن بقيت و لما كان التعيب فى ملكها لم نضمن الأرش و حينئذ ف لا يجبر على أخذ نصف العين كما لا يجبر على أخذ نصف القيمه، لما عرفته من التخيير.

و لكن فيه تردد و نظر، و ذلك لأن العين المفروضه إن كانت بهذه الحاله قائمه فاللازم أخذها من غير انتقال إلى القيمه، و إن كانت بهذا التغيير غير مفروض كما اعترفوا به فلا وجه للرجوع بالعين، و لأن التعيب- و إن كان فى ملكها- لا ينافى ضمانها الأرش للزوج، ضروره كونه كتلف العين على ملكها الموجب لضمانها قيمتها له، بل ضمانها مستلزم لضمان أجزائها و صفاتها و أرش ذلك كقيمه نفس العين.

فالمتجه حينئذ كما فى القواعد و المسالك الرجوع بنصف العين مع الأرش، لأن التعيب بذلك خصوصا مثل نسيان الصنعه لا يخرج العين عن

حقيقتها، و بقبضها العين تدخل فى ضمانها كلا أو جزءا أو صفه.

و من ذلك يظهر لك ما فى المحكى عن المهذب من «أن العيب إن كان منها أو من الله تعالى تخير بين أخذ نصفه ناقصا أو أخذ القيمه يوم القبض، و إن كان من أجنبى تعين أخذ القيمه يوم القبض، فإنه إن كان من أجنبى استحقت عليه الأرش، فكان المهر الموجود مع الأرش، فالنقصان محسوب، فيكون كالتالف، و ان كان منها أو من الله تعالى لم يحسب النقصان فكانت العين كالتامه من وجه و التالفه من آخر» و فى كشف اللثام «قد يقال: منشأ الخلاف أن معنى «ما فَرَضْتُمْ» هل هو الماهيه وحدها أو مع صفاتها؟ فعلى الأول يتعين الرجوع فى نصف العين، و على الثانى يتخير أو يتعين القيمه».

قلت: قد يستفاد من

خبر على بن جعفر(۲)عن أخيه عن أبيه عليهما السلام

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحديث ۲.

«إن عليا عليه السلام قال فى الرجل: يتزوج المرأه على وصيف فيكبر عندها، و يريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها، قال: عليها نصف قيمته يوم دفعه إليها، لا ينظر فى زياده و لا نقصان»

تعين القيمه على الوجه المزبور من غير أرش بناء على أن المراد عدم النظر إلى زياده العين و نقصها و إن لم أجده قولا لأحد، بل لعل

صحيحه (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: فى المرأه تتزوج على الوصيف فيكبر عندها فيزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخل بها»

دال على ذلك أيضا و إن كان ظاهره إراده زياده القيمه و نقصها بسبب الكبر، بل هو حينئذ قرينه على إراده هذا المعنى من خبره الأول.

لكنه أيضا دال على المطلوب، بتقريب أن عدم النظر الى الكبر الذى هو سبب زياده القيمه و نقصها يقتضى عدم النظر إلى كل صفه تجددت فى العين اقتضت زيادتها أو نقصها، و أنها توجب الانتقال إلى القيمه على الوجه المزبور، فيكون المدار حينئذ فى رد نصف العين على بقاء العين غير متغيره بشى ء يقتضى زياده قيمتها أو نقصها، و إلا فالقيمه وقت القبض.

و منه يعلم أن المراد ما فرضتم العين و صفاتها، كما أن منه يعلم أن الواجب رد نصف القيمه لا ـ قيمه النصف، بل و يعلم أن الواجب قيمته يوم الدفع لا الأقل.

أما لو نقصت قيمته لتفاوت السعر كان له نصف العين قطعا، و كذا لو زادت قيمته لزياده السوق، إذ لا نظر إلى القيمه مع بقاء العين على حالها التى بها يتحقق نصف ما فرضتم،

لكن فى القواعد بعد أن ذكر ذلك قال: «و تضمن- أى الزوجه للزوج- النقص- أى للقيمه لتفاوت السعر- مع التلف دون الزياده، يعنى إذا نقصت القيمه بعد القبض لنقصان السعر ثم تلفت العين ثم طلقها كان عليها رد نصف القيمه قبل القبض، لأنه لا عبره بالنقص بعد القبض، لتعلق حق الاستعاده به حين التسليم، و لو زادت القيمه بعد القبض لزياده السعر ثم تلفت كان عليها رد نصف القيمه قبل

۱- ۱ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحديث ۲ عن السكونى كما فى الكافى ج ۶ ص ۱۰۸.

الزياده، إذا الزياده بعد القبض أولى بعدم الاعتبار من النقصان بعد القبض» و هو جيد موافق للخبر(۱)المزبور.

لكن قد يقال: إنه مناف لما سبق منه و من غيره من ضمان الأقل من حين العقد إلى حين القبض الشامل لما كانت قيمته حال القبض أعلى منها حال العقد الذى يقتضى الخبر المزبور زمان قيمته حال القبض لا حال العقد الذى هو الأقل، فتأمل جيدا.

و كذا لو زاد بكبر أو سمن و نحوهما من الزيادات المتصله التى لا يمكن قطعها، كتعلم الصنعه و قصاره الثوب و صبغه كان له نصف قيمته من دون الزياده التى هى ملك الامرأه و ليست مما فرض، و قد سمعت خبر على بن جعفر(۲).

و حينئذ ف لا تجبر المرأه على دفع العين مجانا و لا بعوض على الأظهر خلافا للمحكى عن

المبسوط فجعل له الرجوع بنصف العين مع زيادتها، للايه(۳)التى قد سمعت عدم تناولها الزياده، نعم لو دفعتها هى باختيارها جاز، لأن الحق لها بل المعروف وجوب قبوله، لأنها حقه مع زياده، و المانع امتزاج الحقين، و قد انتفى برضاها، و ليس ذلك من المنه التى تدفع وجوب قبوله، خصوصا بعد معاوضه التشطير، و ربما كانت القيمه أرضى له، فلا منه بالعين.

كما أن المعروف أيضا وجوب قبوله القيمه لو بذلتها له، لوجوب تجنبه عن حقها بغير إذنها، و لا يتم إلا بالتجنب عن العين رأسا، و لدوران حقه بين الأمرين و لا اختيار له، فيلزمه قبول ما اختارته له، و ليس له تأخير المطالبه حتى تفوت العين فيلزمها القيمه، أو يفوت كمالها فيلزمها من العين، لتضررها بشغل الذمه، كما ليس له اختيار نصف العين مجرده عن الزياده على وجه يشاركها بالنسبه، كما فى كشف اللثام من «أن الزياده لا تستقل بالتقويم، و لا بد حينئذ من تقويمها منفرده، فإنه إذا شاركها فى السمين مثلا كان لها نصف العين و كل السمن، و إذا شاركها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحديث ۲.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

فیما کبر عن صغر کان لها نصف العین و کل الکبر و نحو ذلک» و إن کان هو کما تری، خصوصا بعد ملاحظه غیر المقام مما لا- تمنع فیه الزیاده عن الاستقلال بالرجوع، کما إذا أفلس المشتری بالثمن و أراد البائع الرجوع فی المبیع مع الزیاده المتصله و أراد الواهب

الرجوع فی العین مع الزیاده، أو رد المشتری المبیع بالعیب و أراد الرجوع فی العوض المشتمل علی الزیاده المتصله و غیر ذلک.

لکن فی المسالک الفرق بأن الملک فی هذه المسائل یرجع بطریق الفسخ الذی یرفع العقد من أصله أو من حینه، فعلی الأول یکون کأنه لا عقد، و تکون الزیاده علی ملک المالک الأول، و علی الثانی فالفسوخ محموله علی العقود و مشبهه بها، و الزیاده تتبع الأصل فی العقود و کذلک فی الفسوخ، و عود الملک فی تشطیر الطلاق لیس علی سبیل الفسخ، بل ملک مبتدأ، ألا تری أنه لو سلم العبد الصداق من کسبه ثم عتق و طلق قبل الدخول یکون التشطیر له لا للسید؟ و لو کان سبیله سبیل الفسوخ لعاد إلی الذی خرج عن ملکه، و إنما هو ابتداء ملک یثبت فیما فرض صداقا للایه(۱)و لیست الزیاده فیما فرض، فلا یعود شی ء منها إلیه.

و فیه أنه إذا کانت من التوابع للملک لم یکن فرق فی تبعیتها بین الملک بالعقد و شبهه و بین غیرهما، و عدم کونها من المفروض لا- ینافی ملکیتها بالتبعیه له، علی أن دعوی جریان الفسوخ مجری العقود واضحه البطلان، کما أن دعوی عدم کون الطلاق من قبیل الفسوخ لا تخلو من نظر.

نعم العمده فی وجوب القیمه هنا ما سمعته من النص (۲)المعتضد بالفتاوی، إلا أن المتجه علیه تعین القیمه علیها علی وجه لو أراد إجبارها علیه کان له، مؤیدا بأنه لا نظیر لهذا التخییر فی الشرع بمعنی عدم تعین

الواجب علیها أولا و یکون الثانی کالعوض عنه، کتخییر المکلف فی الزکاه بین دفع العین و بین القیمه عنها، و تخیر الوارث بین دفع الترکه للدیان و بین دفع القیمه عنها.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحدیث ۲.

اللهم إلا أن يقال هنا: أيضا إنه كان مقتضى الخبر تعين القيمه، و لكن جاز دفع العين عنها لما عرفت، مؤيدا بفتاوى الأصحاب، فإنه لا خلاف بينهم على الظاهر فى ذلك، فيكون كالعين المستقرضه، فإنها ملك المستقرض بالقرض، و لا يجبر على دفعها لو أراد المقرض، لكن لو دفعها وجب عليه قبولها، فتأمل جيدا.

و أما لو زاد من جهه و نقص من أخرى، كما إذا أصدقها عبدا فتعلم صنعه مثلا و نسى أخرى، أو أصابه عور و سمن، أو كان بسبب واحد، كما لو كان عبدا صغيرا فكبر، فإنه نقصان من جهه نقصان القيمه، و من جهه أن الصغير يصلح لما لا يصلح له الكبير، و أبعد من الغوائل، و أشد تأثيرا بالتأديب و الرياضه، و زياده من جهه قوته على الشدائد و الاسفار، و أحفظ لما يستحفظ، إذ لا يشترط فى الزياده زياده القيمه بها: بل ما فيه غرض مقصود، و من هنا كان الكبر فى العبد زياده من جهه و نقص من اخرى، و لعل حمل الأمه كذلك، أما حمل البهيمه فهو زياده محضه إلا إذا أثر فى فساد اللحم، كما أن الزرع للأرض ينقصها.

و على كل حال فالمتجه بناء على ما سمعت تعيين القيمه، بل لعله المراد من

قوله عليه السلام: «يزيد و ينقص» فى صحيح على بن جعفر(۱)

لكن فى المسالك «الأمر موقوف هنا على تراضيهما، فان تراضيا برد النصف فذاك، و أيهما امتنع لم يجبر الأخر عليه، للزياده على تقدير طلب الزوج و النقيصه على تقدير طلبها، و حينئذ تتخير المرأه بين دفع قيمه النصف مجردا عن الزياده و النقيصه و بين دفع نصف العين مع أرش، أما الأول فلان فيه جمعا بينه و بينها، حيث لم يمكن وصوله إلى العين إلا بأخذ حقها فى الزياده، و لا دفعها إليه إلا بالنقيصه التى ليست العين معها نصف المفروض، و أما الثانى فلأنها إذا دفعت نصف العين كانت باذله للزياده، فيجبر على قبولها كما مر، و هى عين ما فرض، فيجبر عليها، و النقصان ينجبر بالأرش، لأنه قيمه الفائت كالتالف، و ليس لها جبر النقص بالزياده بدون رضاه لاختلاف الحقين» و فى القواعد «و لو زادت و نقصت باعتبارين- كتعليم صنعه و نسيان

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحديث ۲.

أخرى- تخيرت فی دفع نصف العين أو نصف القيمه، فإن أوجبنا عليه أخذ العين أجبر عليها و إلا تخير أيضا».

قلت: لعل المتجه بناء على كلامهم إجباره على قبولها لو بذلتها بدون أرش بناء على عدم

وجوبه له عليها أو معه بناء على وجوبه، نعم يتجه عدم إجباره على ما سمعته منا من أنه ليس له إلا القيمه، بل المتجه حينئذ إجبارها عليها لو طلبها منها، هذا كله فی التعيب فی يدها.

أما لو تعيبت فی يده ففی القواعد «لم يكن له إلا نصف، فان كان قد دفع أرشا رجع بنصفه أيضا» قلت: قد يقال: إنه يجری على ما مر من تنزيل العيب منزله التالف التخيير بين العين و القيمه أيضا، و لا يعين العين أخذ المرأه لها، فإنه لا يجعلها المهر المفروض، و لذا قالوا: إذا تعيب المهر فی يده تخيرت المرأه بين أخذ العين و القيمه، لتلف العين بالتعيب، فإذا رضيت بالعين فليس، لأنه المفروض، بل لأنه عوضه كالقيمه، فللزوج إذا طلقها أن لا يرضى إلا بالقيمه، فتأمل جيدا.

و أما لو حصل له نماء منفصل كاللبن و الولد كان للزوجه خاصه سواء كان فی يده أو يدها، لأنه نماء ملكها و انما له نصف ما وقع عليه العقد و هو ليس منه.

و لو أصدقها حيوانا حاملا على وجه يدخل الحمل فی الصداق بالشرط أو بالتبعيه كان له النصف منهما و إن كان بعد الوضع، لأن دخوله إن كان بالشرط فالشروط توزع عليها القيمه و تلحق بالماليه، و إن كان بالتبعيه فهو مما يفرد بالملك، كما لو أذن مولى الأمه فی النكاح دون مولى العبد، فإنه يكون الولد لمولى الأب على القولين، و حينئذ فيكون المفروض مهرا الحيوان و حمله، و يحتمل على هذا القول كما عن بعضهم أو عليه و على الأول كما عن آخر اختصاص الأم بالرجوع، لأن الولد زياده ظهرت بالانفصال على ملكها، إذ هو قبل الوضع لا يفرد بالتقويم، نعم له أرش نقصانها بالولاده إن قلنا بضمانها مثل ذلك، بل بناء

على حرمه التفريق بين الولـد و امه و كان الحيوان أمه غرمت له نصف قيمتها، و أخـذت الأم و الولـد، و إلا فلا، بل عن قوم تباع هى و ولدها لهما، فتختص هى بقيمه الولد، و قيمه الأم بينهما نصفان.

و لكن فى الجميع أنه مناف لما عرفت، و ل

موثق عبيد بن زراره(۱)قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «رجل تزوج امرأه على مأه شاء ثم ساق إليها الغنم ثم طلقها قبل أن يدخل بها و قد ولدت الغنم، قال: إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصـفها و نصف أولادها، و إن لم يكن الحمل عنده رجع بنصـفها، و لم يرجع من الأولاد بشى ء»

و موثقه الآخر(۲)قال له عليه السلام أيضا: «رجل تزوج امرأه و مهرها مهرا فساق إليها غنما و رقيقا فولدت عندها، فطلقها قبل أن يـدخل بها، قال: إن كان ساق إليها ما ساق و قد حملن عنده فله نصـفها و نصف ولدها، و إن كن حملن عندها فلا شـى ء له من الأولاد»

و الله العالم.

و لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول كان لها عليه نصف أجره تعليمها

لتعـذر المهر حينئـذ فى يـده إذ ليس للصـنعه نصف، فيكون كالتالف فى يده الذى يرجع فيه إلى القيمه التى هى هنا الأجره و لو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الأجره لتعذر رجوعه بعين ما فرض، فيكون بمنزله التالف فى يدها، كما هو واضح.

و لو كان تعليم سوره قيل و القائل الشيخ فى المحكى من خلافه و مبسوطه:

يعلمهـا النصف لكونه أمرا ممكنـا فى نفسه، و لكن لمـا صار الزوج أجنبيا ينبغى أن يعلمها ذلك من وراء حجاب بناء على جواز سماع صوتها مطلقا أو للضروره، و لم يكن ثم خوف فتنه و خلوه محرمه، و الاعتبار فى النصف بالحروف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحديث ۱.

۲- ۲ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ۳۴- من أبواب المهور الحديث ۱ و ذكره فى التهذيب ج ۷ ص ۳۶۸- الرقم ۱۴۹۱.

و لكن فيه تردد ينشأ من التردد فى حرمه سماع صوتها و إن كان الأقوى جوازه، و من اختلاف الألفاظ سهوله و صعوبه فلا يتعين النصف، و قد يقال: إن ذلك لا يمنع معرفه النصف عرفا، و فى كشف اللثام و غيره «إذا لم يمكن التعليم إلا بالخلوه المحرمه أو مع خوف الفتنه فالرجوع بنصف الأجره قطعا» قلت: قد يقال:

بوجوب استئجار من يعلمها ممن لا يحصل معه جهه محرمه مع إمكانه إذا لم يكن قد اشترط عليه المباشره.

[المسأله الرابعه لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه]

المسأله الرابعه لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه وفاقا للمشهور، ل

مضمر سماعه(۱)«سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل، قال:

إذا جعلته فى حل فقد قبضته، فان خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأه على الزوج نصف الصداق،»

مؤيدا بأن ذلك تصرف منها فيه تصرفا ناقلا له عن ملكها بوجه لازم و إسقاط، فيلزمها عوض النصف كما لو نقلته إلى ملك غيره أو أتلفته، لكن فى القواعد و محكى المبسوط و الجواهر إنه يحتمل عدم رجوعه عليها بشى ء، بل عن بعض العامه القول به، لأنها لم تأخذ منه مالا و لا نقلت اليه الصداق، و لا أتلفته عليه فلا تضمن، أما الأول فظاهر، و أما الثانى فلاستحاله أن يستحق الإنسان شيئا فى ذمه نفسه، فلا يتحقق نقله إليه، و أما الثالث فلأنه لم يصدر منها إلا إزاله استحقاقها فى ذمته، و هو ليس إتلافا عليه، و من هنا لو رجع الشاهدان بدين فى ذمه زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه و إبراء المشهود عليه لم يرجع عليهما، لعدم تغريمهما له بشى ء، و لو كان الإبراء إتلافا على من فى ذمته غرما له.

و فيه مع أنه كالاجتهاد فى مقابله النص صدق التصرف به قطعا على وجه اقتضى فراغ الذمه منه و إسقاطه، و ذلك كاف فى إيجاب نصف بدله، فلا حاجه إلى تكلف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۱- من أبواب المهور الحديث ۲ مع سقط فى الجواهر.

الأول و الثانی أو الثالث التی لیس واحد منها عنوان الحکم، کما لا حاجه إلی ما فی المسالک من تجشم الفرق بین المقام و بین عدم الرجوع علی الشاهدین بما ذکره فیها، ثم قال: «و فی الفرق نظر» ضروره وضوح الفرق بینهما بأن مبنی رجوع المدعی علیه علیهما بما یغرمه قاعده قوه السبب علی المباشر، فهما أولی بالاندراج فی

قوله علیه السلام (۱)«من أتلف»

و الفرض عدم إتلافهما شیئا علیه، لأنه أبرأه بخلاف ما لو دفعه له ثم وهبه له، ضروره صدق الغرامه التی لا ینافیها هبته له ذلک التی هی ملک جدید بسبب جدید، فتأمل جیدا.

نعم قد یشکل الحال فیما ذکر المصنف و غیره بقوله و کذا لو خلعها به أجمع الذی معناه أنه کالإبراء و الهبه ما لو بذلته له لیخلعها علیه فخلعها به، فإنه یستحق علیها مقدار نصفه مضافا إلی ما خلعها به الذی بذلته له، فکان بمنزله إبرائها و هبتها إیاه، ضروره وضوح الفرق بین المشبه و المشبه به الذی هو إتلاف للمهر قبل الطلاق علی وجه یصادف وقوعه سبق انتقاله عنها، فیستحق علیها حینئذ مقدار نصفه لتعذره،

بخلاف المشبه الذی لا یملکه من حیث الخلع إلا بتمام الطلاق المفروض أنه مملک للنصف، لکونه قبل الدخول، فیتحد حینئذ زمان السببین، و الفرض تنافیهما، فلا یقع واحد منهما، و إلا کان ترجیحا بلا مرجح، و لیس ذلک مثل ظهور استحقاق مال الخلع کی یتجه حینئذ ضمانها ذلک، و لا أنه یتمحض بذلا للخلع، فیوجب الطلاق مقدار نصفه فی ذمتها لتعذره، لأن کلا منهما مبنی علی

۱- ۱ المراد منه هو الحدیث المشتهر علی ألسنه الفقهاء« من أتلف مال الغیر فهو له ضامن» الا أنه لم نجد نص ذلک مع التتبع فی مظانها، و الظاهر أنه مستفاد من عده روایات وردت فی أبواب مختلفه: منها ما رواه فی الوسائل فی الباب- ۱۰ و ۱۱ و ۱۴- من کتاب الشهادات و الباب- ۷ و ۵- من کتاب الرهن الحدیث ۲ منهما و الباب- ۲۹- من کتاب الإجاره و الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۱ و ۵ و ۹ و الباب- ۲۲- من أبواب حد الزنا الحدیث ۴ و الباب- ۱- من أبواب نکاح البهائم الحدیث ۴ من کتاب الحدود.

ترجیح أحد السببین علی الأخر بلا مرجح، و دعوی ترجیح الثانی- بتقدم بعض سبب الملک و هو البذل و إن کان لا یتم إلا بتمام الطلاق و إلا فهو نفسه غیر مملک- کما تری، اللهم إلا أن یقال إنه یبطل خلعا و یصح طلاقا کما فی کل مقام یظهر فیه فساد الخلع، فیکون ذلک لیس لتقدیم أحدهما علی الأخر مما تواردا علیه، بل لأن ازدحامهما یبطل تأثیرهما، فیفسد ما کان البذل رکنا فیه و هو الخلع، بخلاف الطلاق الذی لا مدخلیه له فی ذلک، فتأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا أعطاها عوضا عن المهر عبدا آبقا و شیئا آخر ثم طلقها قبل الدخول کان له الرجوع بنصف المسمی دون العوض]

المسأله الخامسه إذا أعطاها عوضا عن المهر عبدا آبقا و شیئا آخر ثم طلقها قبل الدخول کان له الرجوع بنصف المسمی الذی هو المفروض دون العوض بلا خلاف و لا إشکال،

قال الفضیل بن یسار(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا آبقا و بردا حبره بالألف التی أصدقها، فقال: إذا رضیت بالعبد و کانت قد عرفته فلا بأس، إذ هی قبضت الثوب و رضیت بالعبد، قلت: فان طلقها قبل أن یدخل بها، قال: لا مهر لها، و ترد علیه خمسمائه درهم، و یکون العبد لها»

و لعل ذکر الضمیمه مع الآبق قرینه علی إراده وقوع ذلک معها علی جهه البیع، أو أن الدفع للآبق وفاء یعتبر فیه ما یعتبر فی البیع من اعتبار الضمیمه فیه.

و علی کل حال فالثابت بالطلاق نصف المسمی دون المدفوع وفاء إلا إذا کان فردا للکلی الذی وقع علیه العقد، فإنه باعتبار حلول الکلی فیه یکون هو المفروض، بل الظاهر أنه لو دفعه إلیها معیبا و رضیت به و طلقها قبل الدخول کان له نصف المعیب، لکونه المفروض دون الصحیح، مع احتماله، لأنه المفروض، و لذا کان لها الامتناع عن قبض المعیب وفاء، و رضاها بالعیب لا یصیره المفروض المنصرف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب المهور الحدیث ۱.

إلى الصحيح.

نعم قد يقال: إن له نصف المعيب مع الأرش لا نصف الصحيح، أو يفرق بين قبضها المعيب غير عالمه به و بين قبضها له عالمه راضيه به وفاء عن ذلك الكلى، فيجب الأرش مع الأول، لأنه مستحق لها، فان لم تأخذه منه كان ذلك منها

عفوا له، بخلاف الثانى الذى لم يثبت لها فيه استحقاق أرش، و الفرض أنه أحد أفراد الكلى، فليس لها حينئذ إلا نصفه، بل قد يحتمل ذلك أيضا فى الأول و إن أخذت الأرش، فضلا عما إذا لم تأخذه مع استحقاقها له باعتبار كونه المفروض، و الأرش إنما هو سبب المعيب منه لا أنه من المفروض، فتأمل جيدا.

و كذا لو أعطاها متاعا أو عقارا أو حيوانا أو غير ذلك مما هو ليس من أفراد الكلى المسمى فى العقد- سواء وقع ذلك وفاء، و قلنا أنه معاوضه برأسها أو باعها ذلك مثلا بمالها فى ذمته- ف انه على كل حال ليس له لو طلق قبل الدخول إلا نصف ما سماه و فرضه لها كما هو واضح، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا أمهرها مدبره ثم طلقها صارت بينهما نصفين]

المسأله السادسه:

إذا أمهرها مدبره فعن النهايه و المهذب لا يبطل التدبير بامهارها، لكونه عتقا معلقا، أو لأن الملك المتجدد لا يبطله و إن قلنا: إنه وصيه بالعتق، و حينئذ فلو فعل ذلك ثم طلقها قبل الدخول صارت بينهما نصفين، فإذا مات تحررت كل ذلك ل

خبر المعلى بن خنيس (۱)«سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عنده عن رجل تزوج امرأه على جاريه له مدبره قد عرفتها المرأه و تقدمت على ذلك، و طلقها قبل أن يدخل بها، قال: فقال: أرى للمرأه نصف خدمه المدبره

يكون للمرأه يوم فى الخدمه، و يكون لسيدها الذى دبرها يوم فى الخدمه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب المهور الحديث ۱.

قیل له: فان ماتت المدبره قبل المرأه و السید لمن یکون المیراث؟ قال: یکون نصف ما ترکته للمرأه، و النصف الأخر لسیدها الذی دبرها».

لکن لضعفه و عدم صراحته فی بقاء التدبیر و انه لا خلاف فیما تضمنه من غیر ذلک قیل و القائل ابن إدریس و غیره علی ما حکی: لا یصح جعلها و هی مدبره مهرا بل یبطل التدبیر بجعلها مهرا کما لو کانت موصی بها لزید مثلا، فان تجدد الملک یبطل ذلک، ضروره تعلق الوصیه فی ملکه، فمع فرض خروجها عن ملکه فیعدم موضوع الوصیه، و التدبیر نوع منها.

بل قد یقال ببطلانه أیضا لو قیل بأنها تملک بالإمهار النصف و الأخر یبقی علی ملک الزوج حتی یدخل، و إن کان المنساق علی هذا التقدیر بقاء التدبیر فی النصف، إلا أنه یمکن القول ببطلانه باعتبار إقدام المدبر علی فسخه بجعله مهرا متحملا لتمام سبب انتقاله عنه بالدخول، فینعدم التدبیر، فیکون ذلک منه رجوعا عن التدبیر، نحو ما لو أوصی به لزید فوهبه من عمرو ثم رجع بالهبه قبل أن یقبض المتهب، فان ذلک منه یکون فسخا للوصیه و إن لم یتم منه سبب الانتقال عنه، إلا أن الانصاف إمکان منع ذلک فی المقیس و المقیس علیه، بناء علی أن فسخ الوصیه بالتضاد بینها و بین ما أوصی به، و لا تضاد هنا مع فرض عدم انتقاله عن ملکه، نعم لو کان هذا الفعل منه ظاهرا فی الرجوع بالوصیه اتجه حینئذ انفساخها بقصده لا بفعله.

و علی کل حال هو أشبه عند المصنف و من تبعه، لأن التدبیر وصیه تنفسخ بنحو ذلک، و الخبر(۱)المزبور لا صراحه فیه فی بقاء التدبیر، مع احتماله ما عن ابن إدریس من کون التدبیر واجبا بنذر و نحوه مما لا یصح الرجوع معه منه، أو عن غیره من احتماله اشتراط بقاء التدبیر، فإنه یکون حینئذ لازما

لعموم «المؤمنون»(۲)

و لأنه کشرط العتق فی البیع و نحوه، و یظهر من

قوله علیه السلام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴.

فی الروایه: «قد عرفتها و تقدمت علی ذلک»

کونه قد شرط علیها بقاء التدبیر.

و ربما ردا معا ببطلان جعلها مهرا حینئذ، و فیه أنه لا دلیل علی اعتبار تمامیه الملک فی المهر علی وجه یمنع جعل المدبر لذلک بناء علی تسلیمه فی البیع، ضروره کونه مالا مملوکا قبل موت المدبر، و خروجه عن المالیه بالحریه فیما بعد لا ینافی جعله مهرا الان،

نعم لو دلسه علیها أمکن حینئذ وجوب القیمه علیه أو مهر المثل أو غیر ذلک مع الفسخ فیها، و من هنا قال فی الروایه: إنها علمت به و قدمت علیه.

و بذلک یظهر دلاله الخبر المزبور علی بقاء التدبیر، مضافا إلی قوله فیه:

«فان ماتت المدبره» و غیر ذلک مما یؤکد هذا المعنی، فلا یبعد القول بعدم انفساخ التدبیر بنقله عن الملک من بین الوصایا، و لعله لبناء العتق علی التغلیب، و یخرج الخبر المزبور شاهدا علی ذلک، فیصح حینئذ جعله مهرا، بل لا مانع من جواز بیعه مدبرا بناء علی الدلیل علی اعتبار تمامیه الملک علی وجه تمنع بیع مثل ذلک المشمول لعدم الأدله إن لم یکن إجماعا، أما المقام فلا إجماع قطعا بل و لا شهره محققه علی البطلان، فتأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا شرط فی العقد ما یخالف المشروع مثل أن لا یتزوج علیها أو لا یتسری بطل الشرط]

المسأله السابعه إذا شرط فی العقد ما یخالف المشروع مما لم یکن فیه خلل بمقصود النکاح علی وجه یکون منافیا لمقتضی العقد مثل اشتراط أن لا یتزوج علیها أو لا یتسری أو لا یقسم لضرتها أو لا یمنعها من الخروج من المنزل متی شاءت أو نحو ذلک بطل الشرط اتفاقا کما فی کشف اللثام و غیره، ل

قوله (۱)صلی الله علیه و آله: «من اشترط شرطا سوی کتاب الله فلا یجوز له و لا علیه»

و صح العقد اتفاقا لکونه لیس معاوضه محضه، و لذا لا یبطل ببطلان المهر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۸- من أبواب المهور الحدیث ۲.

الذی هو کالرکن فیه، فضلا عما یذکر شرطا فیه، بل المشهور صحه العقد و المهر بل قد یظهر من محکی المبسوط الاتفاق علیه لإطلاق ما دل علی صحته من الکتاب و السنه و غیرهما، فلا تلازم بینه و بین الشرط الذی هو لیس من المهر قطعا و ان کان له دخل فی قلته و کثرته، و ربما أومأ إلی ذلک

خبر محمد بن قیس (۱)عن الباقر علیه السلام «فی رجل تزوج امرأه و شرط لها إن هو تزوج علیها امرأه أو هجرها أو اتخذ علیها سریه فهی طالق، فقضی فی ذلک أن شرط الله قبل شرطکم، فان شاء وفی لها ما یشترط، و إن شاء أمسکها و اتخذ علیها و نکح علیها».

و کذا فی صحه العقد و المهر و بطلان الشرط خاصه ما لو شرط تسلیم المهر فی أجل، فان لم یسلمه کان العقد باطلا عند المشهور بیننا أیضا، تصریحا من جماعه منهم بأنه متی فعل ذلک لزم العقد و المهر و بطل الشرط خاصه و ظاهرا من آخرین، لما عرفت

و صحیح محمد بن قیس (۲)عن أبی جعفر علیه السلام أیضا «فی الرجل تزوج المرأه إلی أجل مسمی فان جاء بصداقها إلی أجل مسمی فهی امرأته و إن لم یأت بصداقها فلیس له علیها سبیل، و ذلک شرطهم بینهم حین أنکحوه، فقضی للرجل أن بیده بضع امرأته و أحبط شرطهم».

و ربما یومئ أیضا إلی بطلان الشرطین الأولین ما رواه

زراره(۳)«من أن ضریسا کان تحته بنت حمران بن أعین فجعل لها أن لا یتزوج علیها و لا یتسری أبدا فی حیاتها و لا بعد موتها علی أن جعلت له هی أن لا تتزوج بعده أبدا، و جعلا علیهما من الهدی و الحج و البدن و کل مالهما فی المساکین إن لم یف کل واحد منهما لصاحبه، ثم إنه أتی أبا عبد الله علیه السلام فذکر له ذلک، فقال: إن لابنه حمران لحق و حرمه عندی. و لن یحملنا ذلک علی أن لا نقول لک الحق، اذهب فتزوج و تسر، فإن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۸- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۲.

ذلک لیس بشی ء، و لیس علیک شی ء و لا علیها، و لیس ذلک الذی صنعتما بشی ء، فجاء و تسری و ولد له بعد ذلک أولاد»

فإن ذلک لیس إلا لکونه غیر مشروع فی نفسه، و إلا لانعقد النذر علیه، و

خبر ابن سنان (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی رجل قال لامرأته: إن نکحت علیک أو تسریت فهی طالق، قال: لیس ذلک بشی ء، إن رسول الله صلی الله علیه و آله قال: إن من اشترط شرطا سوی کتاب الله فلا یجوز ذلک له، و لا علیه».

لکن قد یشکل ذلک بما فی

خبر محمد بن مسلم (۲)عن أحدهما علیهما السلام «فی الرجل یقول لعبده: أعتقک علی أن أزوجک ابنتی فإن تزوجت أو تسریت علیها فعلیک مأه دینار، فأعتقه علی ذلک و تسری أو تزوج، قال: علیه شرطه»

و خبر بزرج (۳)قلت لأبی الحسن موسی علیه السلام و أنا قائم: «جعلنی الله فداک إن شریکا لی کانت تحته امرأه فطلقها فبانت منه، فأراد مراجعتها، فقالت المرأه: لا و الله لا أتزوجک أبدا حتی تجعل الله لی علیک أن لا تطلقنی و لا تتزوج علی، قال:

و قد فعل، قلت: نعم قد فعل جعلنی الله تعالی فداک، قال: بئس ما صنع، و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه فی جوف اللیل أو النهار؟ ثم قال: أما الان فقل له: فلیتم للمرأه شرطها، فان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: المسلمون عند شروطهم».

و خبره الآخر(۴)عن عبد صالح علیه السلام قلت: «إن رجلا من موالیک تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن یراجعها فأبت علیه إلا أن یجعل لله علیه أن لا یطلقها و لا یتزوج

علیها، فأعطاها ذلک، ثم بدا له فی التزویج بعد ذلک، فکیف یصنع؟

قال: بئس ما صنع، و ما کان یدریه ما یقع فی قلبه فی اللیل و النهار؟ قل له: فلیف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۸- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۷- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۳- ۳ الکافی ج ۵ ص ۴۰۴ عن منصور بن بزرج.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴ و هو خبر منصور بن بزرج.

للمرأه بشرطها، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المؤمنون عند شروطهم»

و غير ذلک مما يدل على مشروعيه هذا الشرط، و عدم كونه مخالفا للمشروع، اللهم إلا أن يحمل ذلک على التقيه، لموافقته العامه كما عن الإستبصار، أو يفرق بين النذر و الشرط، كما عن الشيخ فى التهذيبين، و إن كان هو كما ترى و على كل حال فالمعروف ما عرفت من فساد الشرط و صحه العقد و المهر.

نعم فى القواعد و المسالک و غيرهما احتمال فساد المهر، لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق أو البضع، و مع فساده يتعذر الرجوع إلى القيمه، فيتجهل المهر و لو بجهاله ما يخص الشرط منه إذا كان عليها، بل فى المسالک «هو متجه إلا أن يزيد المسمى عنه و الشرط لها أو ينقص و الشرط عليها، فيجب المسمى حينئذ لأنه قد رضى ببذله مع التزام ترک حق له، فمع انتفاء اللزوم يكون الرضا به أولى، و لأنها فى الثانى قد رضيت به مع ترک حق لها، فبدونه أولى، و مع ذلک فينبغى احتساب المسمى من مهر المثل، و إكماله من غيره حيث يفتقر إليه، لاتفاقهما على تعيينه فى العقد» و فيه أنه غير مجد مع فرض فساده، و لذا أطلق فى القواعد وجوب مهر المثل على هذا الاحتمال، و الله العالم.

و لو شرط أن لا يقتضها لزم الشرط لعموم الوفاء(۱)

و «المؤمنون عند شروطهم»(۲)

و خبر سماعه(۳)عنه عليه السلام قلت: «جاء رجل إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقالت: أزوجک نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر و التماس و تنال منى ما ينال الرجل من أهله إلا أنک لا تدخل فرجک فى فرجى فإنى أخاف الفضيحه، قال: ليس له منها إلا ما اشترط»

و غيره من النصوص.

نعم لو أذنت بعد ذلک جاز عملا بإطلاق الروايه

عن إسحاق بن عمار(۴)

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآيه ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب المهور الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب المهور الحديث ۲.

عن الصادق علیه السلام قلت له: «رجل تزوج بجاریه علی أن لا یفتضها ثم أذنت له بعد ذلک قال: إذا أذنت له فلا بأس».

و لکن مع ذلک قیل و القائل الشیخ فی المحکی من مبسوطه، و ابن حمزه فی المحکی من

وسیلته، بل فی المسالک نسبته إلی جماعه من المتقدمین و المتأخرین: منهم العلامه فی المختلف و ولده فی الشرح یختص لزوم هذا الشرط بالنکاح المنقطع الذی هو مورد النصوص التی منها

خبر عمار بن مروان (۱)عن الصادق علیه السلام «فی رجل جاء إلی امرأه فسألها أن تزوجه نفسها متعه، فقالت:

أزوجک نفسی»

إلی آخر ما فی

خبر سماعه المتقدم الذی قد یظهر إراده ذلک أیضا، خصوصا مع قولها فیه: «إنی أخاف الفضیحه»

و لأنه هو الذی لم یطلب فیه النسل، و إنما یراد منه الاستمتاع المتحقق بغیره، و لذا لم ینافه الشرط المزبور بخلافه فی الدائم المراد منه النسل و التوالد، فهو حینئذ خلاف مقتضی العقد، بل لعله أیضا من خلاف المشروع باعتبار تصریح الکتاب (۲)و السنه(۳)بأن له الوطء أنی شاء، فیکون شرط عدمه خلاف المشروع، و ربما یومئ إلیه الحکم بفساد اشتراط جعل الوطء و الطلاق بید الزوجه فی غیر واحد من النصوص (۴)و أنه من خلاف السنه، و لا ریب فی أن اشتراط عدم الوطء أصلا أولی بذلک منه، بل لعله مناف لمقتضی العقد، أو مخالف للمشروع فی الدائم و المنقطع، لکن خرج عنه فی الأخیر للنصوص بخلاف الأول، فإنه لا

نص یقتضیه عدا الخبرین، و هما مع ضعفهما یمکن إراده المؤجل منهما، لکون المتعارف اشتراط ذلک فیه، بل قد عرفت القرینه علیه فی أحدهما.

و هو کما تری تحکم بلا حاکم، ضروره عدم الفرق بین الدائم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب المتعه الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۹ و ۸۳- من أبواب مقدمات النکاح.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب المهور.

و المنقطع فی ذلک، بل ربما کان الوطء فی الأخیر أشد فلاحظه، و خبر إسحاق بن عمار و غیره مطلق، و الضعف إن کان منجبر بالشهره، و لو أن الوطء من مقتضیات النکاح علی وجه یستلزم اشتراط عدمه بطلانه لم یجز نکاح المتعذر وطئها أو وطئه، و هو معلوم الفساد، و انما الوطء غایه من الغایات، و النصوص (۱)المتضمنه لبطلان اشتراط کون ولایه الجماع بیدها و ولایه الطلاق کذلک إنما هو لمخالفه نحو قوله تعالی (۲)«الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَی النِّساءِ»

و «الطلاق بید من أخذ بالساق»(۳)

و نحو ذلک، و هو غیر عدم الوطء.

من ذلک کله یعلم ما فی القول ببطلان العقد و الشرط فیهما معا الذی هو کالاجتهاد فی مقابله النص، کالقول بفساد الشرط خاصه مطلقا، کما عن جماعه منهم الحلی، أو فی

الأول خاصه و صحتهما فی الثانی، کما عن ابن حمزه.

و کذا الاشکال من بعضهم فی جواز الوطء بالاذن علی تقدیر الصحه، لتوقف إباحه البضع علی العقد، و عدم کفایه الإذن فیها، و قد سمعت التصریح به فی النص، علی أن المبیح إنما هو العقد، و لکن کان الشرط کالمانع، فمع فرض الاذن یزول المانع، فیبقی المقتضی علی مقتضاه، بل لو عصی و خالف الشرط لم یکن زانیا، و یلحق به الولد، کما هو واضح.

و الظاهر إلحاق غیر الوطء من وجوه الاستمتاع به فی جمیع ما ذکرناه، لما عرفته من صلاحیه العموم الذی لا فرق فیه بین الوطء و غیره مدرکا لذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب المهور.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۴.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۶۰ و فیه « انما یملک الطلاق من أخذ بالساق».

[المسأله الثامنه إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها قيل يلزم]

المسأله الثامنه إذا شرط أن لا يخرجها من بلدها قيل كما عن النهايه و المهذب و الوسيله و الجامع و النافع يلزم الشرط للعمومات، بعد أن كان سائغا جاريا مجرى مقاصد العقلاء و هو المروى

صحيحا(۱)عن الصادق علیه السلام «فی الرجل یتزوج امرأه و یشترط لها أن لا یخرجها من بلدها قال: یفی لها بذلک، أو قال:

یلزمه ذلک»

و الصحیح لابن أبی عمیر(۲)قال: «قلت لجمیل بن دراج: رجل تزوج امرأه و شرط لها المقام بها فی أهلها أو بلد معلوم، فقال: قد روی أصحابنا عنهم علیهم السلام أن ذلک لها، و أنه لا یخرجها إذا شرط ذلک لها».

خلافا لما عن المبسوط و الخلاف و الغنیه و السرائر من بطلان الشرط بمخالفته مقتضی العقد الذی هو استحقاق الاستمتاع بها فی کل زمان و مکان، فیحمل الخبر حینئذ علی الاستحباب، و فیه (أولا) أن مقتضی ذلک بطلان العقد أیضا و (ثانیا) أنا نمنع الاستحقاق المزبور حتی مع الشرط، و دعوی مخالفه الشرط استحقاقه کذلک یدفعها أن ذلک آت فی کل شرط یمنع ما یقتضیه إطلاق العقد لو لا الشرط، کالأجل و نحوه مما هو معلوم أنه لیس منافیا للکتاب و السنه، و حینئذ فحمل الروایه علی الاستحباب بمجرد ذلک غیر جائز، إذ لا معارض لها، و المعارضه العامه غیر کافیه، بل لو سلم تعارض

عموم «المؤمنون»(۳)

و عموم ما دل (۴)علی الاستمتاع فی کل زمان و مکان من وجه کان الترجیح للأول، و لو للصحیح المزبور، مضافا إلی ظهور الثانی فی ثبوت ذلک من حیث کونها زوجه، فلا ینافی عدمه من حیث الشرط، فتأمل جیدا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب المهور الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۳.

و من ذلک یظهر لک أنه لا فرق فی اللزوم بین ذلک و بین اشتراط منزل مخصوص خلافا لبعضهم، فاقتصر علی خصوص البلد، بنـاء منه علی مخـالفه المسـأله للقواعـد، فیجب الاقتصـار علی المتیقن، و فیه- مع أنک قـد سـمعت التصـریح به فی خبر ابن أبی عمیر- ما عرفته من جریان المسأله علی العمومات التی لا فرق فیها بین الجمیع، کما هو واضح، و الله العالم.

و کیف کان فبناء علی صحه الشرط المزبور حکی عن الشیخ و جماعه أنه لو شرط لها مهرا إن أخرجها إلی بلاده و أنقص منه إن لم تخرج معه، فأخرجها إلی بلد الشرک أی أراد إخراجها إلیه لم یجب علیها إجابته لما فی ذلک من الضرر فی الدین، و لذا وجب الهجره عنها و لها الزائد الذی قد اشترطه فی العقد لها، و أنه لا یسقط إلا بامتناعها، و الفرض أن ذلک کان منها بحق.

و إن أخرجها إلی بلد الإسلام کان الشرط لازما قیل للعمومات و خصوص

حسن علی بن رئاب (۱)عن الکاظم علیه السـلام قال: «سـئل و أنا حاضـر عن رجل تزوج امرأه علی مأه دینار علی أن تخرج معه إلی بلاـده، فـان لم تخرج معه فمهرهـا خمسون دینـارا أرایت إن لم تخرج معه إلی بلاـده؟ قال: فقال: إن أراد أن یخرج بها إلی بلاـد الشـرک فلاـ شـرط له علیهـا فی ذلک، و لها مأه دینار التی أصـدقها إیاها، و إن أراد أن یخرج بها إلی بلاد الإسـلام و دار الإسلام فله ما اشترط علیها، و المسلمون علی شروطهم، و لیس له أن یخرج بها

إلی بلاده حتی یؤدی لها صداقها أو ترضی من ذلک بما رضیت به، و هو جائز له».

و لکن مع ذلـک فیه تردد ممـا عرفت و من مخـالفته للأـصول، لجهـل المهر، و للحکم بـأن لها الزائـد إن أراد إخراجها إلی بلاد الشرک من غیر خروج إلیها مع أنه خلاف الشرط، و للحکم بأنه لا یخرجها إلی بلاد الإسلام إلا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب المهور الحدیث ۲.

بعـد أن يوفى لها مهرها الأزيـد، مع عـدم جواز الامتناع لها مع الدخول، و عدم وجوب الوفاء بالمهر إلا بعد الدخول، أو المطالبه مع التهيؤ للتمكين، و لما عن السرائر من لزوم إطاعه الزوج و الخروج معه إلى حيث شاء.

و من هنـا كـان المتجه بطلاـن الشـرط، بل و المهر للجهاله، فيجب مهر المثل حينئـذ، لكن فى المسالك «يشـكل فيما لو زاد عن المفروض على تقـديريه، لقـدومها على الأقل، و كذا مع زيادته على الأقل إذا لم يخرجها من بلدها، و كذا يشـكل فيما لو نقص عن المقـدر على تقديريه، لالتزامه بالأزيد منه مع الشـرط عليه، فلزوم المقدر مع عدم لزوم الشـرط أولى» و فيه أن ذلك كله غير مجـد فساد الشـرط الملزم به، نعم قـد يقال باغتفار مثل هـذه الجهاله فى المهر الذى قد تقدم البحث فى اعتبار المعلوميه فيه على وجه لا تبطله الجهاله بذلك و نحوه، خصوصا و قد عرفت الحال فى مثل ذلك فى الإجاره التى هى أضيق دائره من المهر.

على أنه قد يقال: المهر هو المأه، و إنما اشترط عليها الإبراء إن لم يخرجها، فتجب عليه المأه إن أراد إخراجها إلى بلاد الشـرك، و إن عصـته لوجوب الهجره عنها فلا بد من صـرف الإخراج المشترط إلى الجائز منه، لئلا يخالف المشروع، و الإطاعه إنما تجب فيما ليس معصـيه لله و ليس نصا فى وجوب إعطائها المهر قبل الإخراج مطلقا لاحتمال أنه ليس له الإخراج حتى يلزمه الأداء و لو بعـده، أو حتى يوطن نفسه على الأـداء، أو إذا طـالبته و رضـى من ذلـك بمـا رضـيت يشـمل الرضـا بالتأخير، و يمكن أن يكون التقـديم مرادا من الشـرط، بمعنى أنه اشترط على نفسه تعجيـل ذلـك إليها إن أراد إخراجها إلى بلاده، كما أنه يمكن بناء ذلك على وجوب تعجيل الزوج المهر إذا طلبته الزوجه، لإراده التمكين و غير ذلك.

و من ذلك يظهر لك قوه العمل بالخبر(۱)المزبور المعتبر سندا المعمول به عند جمع من الأصحاب، و هو العمده لا العمومات و هذه التكلفات، ضروره كون مضمون الخبر من التعليق الممنوع لو لا الخبر المزبور، فلا تجدى هذه التجشمات

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب المهور الحديث ۲.

و لذا لم یجز نظائره لا فی النکاح و لا فی غیره، و ما فی الإجاره لو قلنا بجوازه فهو للدلیل، کما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله التاسعه لو طلقها بائنا ثم تزوجها فی عدته ثم طلقها قبل الدخول کان لها نصف المهر]

المسأله التاسعه:

لو طلقها بائنا ثم تزوجها فی عـدته ثم طلقها قبل الـدخول کان لها نصف المهر لخروجها عن الزوجیه الأولی بالطلاق البائن الذی لا ینافیه جواز تزویجها فی العـده باعتبار کونها حقا له لحرمه مائه، فلا تمنعه، و إنما تمنع غیره، فإذا تزوجها ثبت المهر حینئـذ فی ذمته کغیره من عقود النکاح، و بالطلاق قبل الدخول یعود الیه نصف ما فرض فی العقد الجدید، خلافا لبعض العامه، فأوجب لها جمیع المهر تنزیلا للعقد منزله الرجعه، فتکون من المطلقه المدخول بها، و ضعفه ظاهر.

[المسأله العاشره لو وهبته نصف مهرها مشاعا ثم طلقها قبل الدخول فله الباقی]

المسأله العاشره:

لو وهبته نصف مهرهـا مشاعـا ثم طلقهـا قبـل الـدخول فله الباقی، و لم یرجع علیها بشـی ء، سواء کان المهر دینا أو عینا بناء علی کفـایه لفـظ الهبه فی الإـبراء صـرفا ل ما وقع منها من الهبه إلی حقها منه بمعنی أنه بالطلاق قبل الـدخول یتمحض النصف الباقی للزوج، لأنه مصـداق «فَنِصْفُ ما فَرَضْـتُمْ»(۱)فلاـ یرجع إلی المثـل أو القیمه، لعـدم تعـذره، لکن فی القواعـد و المسالک احتمال الرجوع بنصف الباقی بعینه و قیمه الأخر من الموهوب، لشیوع نصفیهما فی تمام العین، و شیوع النصف

الموهوب أیضا، فتعلق الهبه بنصفی النصیبین، فالنصف الباقی بمنزله ما تلف نصفه و بقی النصف، بل قیل: إنه یظهر من المبسوط احتمال الرجوع بنصف الباقی خاصه، لأنه لما تعلقت الهبه بالنصف المشاع فقد تعلقت بنصفی النصیبین

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

فإنما ملك من نصيبها النصف و هو الربع، و استعجل نصف نصيب نفسه، و انما بقى له النصف الأخر من نصيبه و هو الربع، و ربما احتمل أيضا التخيير بين بذل تمام النصف الباقى و عين نصفه مع بذل نصفه الأخر دفعا لضرر تبعض الصفقه.

إلاـ أن الجميع كما ترى، ضروره عدم تأتيها مع فرض بقاء النصف المشاع الذى هو مصداق «فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ» نعم لو كان النصف الموهوب معينا لا مشاعا اتجه ذلك، كما هو واضح. و كذا لو خالعته على النصف فإنه إن قيدته بالنصف الذى يبقى لها بعد الطلاق فلا كلام، و إن أطلقت انصرف إلى ما تملكه بعد الطلاق، و على كل حال إذا تم الخلع ملك الزوج تمام المهر، بل مما فرق بينه و بين الهبه بأنه بذل على الطلاق المنصف للمهر، فهو تمليك بعد الطلاق، و للشافعيه كما قيل وجه بالشيوع فى نصفى النصيبين، و لا ريب فى ضعفه، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشره لو تزوجها بعبدين فمات أحدهما رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميت]

المسأله الحاديه عشره لو تزوجها بعبدين مثلا فمات أحدهما رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميت ضروره كون ذلك كانتقال أحدهما عن ملكها، لأن التالف عليهما و الموجود بينهما و تزلزل ملكهما فى النصف المشاع من كل منهما، إلا أنه لما كان ما يرجع اليه مضمونا عليها وجب الانتقال إلى بدل التالف عليه فى يدها، و عن الشافعيه احتمال الرجوع بتمام الموجود أو ما يساوى منه النصف، لصدق أنه نصف المفروض، و احتمال التخيير نحو ما سمعته فى المشاع، و لا ريب فى ضعفهما.

[المسأله الثانيه عشره لو شرط الخيار فى النكاح بطل العقد]

المسأله الثانيه عشره لو شرط الخيار فى النكاح بطل العقد فضلا عن الشرط على المشهور بين الأصحاب، بل لا أجد خلافا فى بطلان الشرط، بل لعل الإجماع بقسميه عليه

لمعلوميه عدم قبول عقد النكاح لذلك، لأن فيه شائبه العباده التى لا تقبل الخيار، و لحصر فسخه بغيره، و لذا لا تجرى فيه الإقاله بخلاف غيره من عقود المعاوضات، فيكون حينئذ اشتراط الخيار فيه منافيا لمقتضاه المستفاد من الأدله الشرعيه، بل لم يريدا بلفظ العقد معنى النكاح مع اشتراطه، و من هنا كان هذا الشرط مبطلا للعقد و إن قلنا بأن فساد الشرط بالمخالفه للكتاب و السنه لا يبطل النكاح كما عرفت الكلام فيه سابقا، فما وقع من بعضهم- من تعليل البطلان هنا بأن التراضى لم يقع على العقد إلا مقترنا بالشرط المذكور فإذا لم يتم الشرط لا يصح العقد مجردا، لعدم القصد اليه كذلك- فى غير محله، ضروره أن ذلك يأتى فى كل شرط فاسد، و قد عرفت سابقا الإجماع على عدم اقتضائه الفساد هنا و حينئذ فقول المصنف-:

فيه تردد منشؤه الالتفات إلى تحقق الزوجيه، لوجود المقتضى و ارتفاعه عن تطرق الخيار، أو الالتفات إلى عدم الرضا بالعقد، لترتبه على الشرط غير متجه أيضا، و كان الأولى جعل منشئه التردد فى أن بطلان هذا الشرط لمخالفته مقتضى العقد أو لكونه غير مشروع، فيكون مخالفا للكتاب و السنه، فعلى الأول يتجه بطلان العقد دون الثانى اللهم إلا أن يكون مراده ذلك.

و على كل حال فما عن ابن إدريس- من بطلان الشرط خاصه، بل قال فيما حكى عنه: إنه لا دليل على بطلان العقد من كتاب و لا سنه و لا إجماع، بل الإجماع على الصحه، لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا، و إنما هو من تخريج المخالفين و فروعهم، اختاره الشيخ على عادته فى الكتاب- واضح الفساد بناء على ما عرفت من أن البطلان هنا للمنافاه لمقتضى العقد، لا لكونه غير مشروع فى نفسه كى يختص بالبطلان فى عقد النكاح كغيره من الشروط الفاسده فيه، اللهم إلا أن يمنع ذلك، فإنه لا يخلو من تأمل، هذا كله فى اشتراط الخيار فى عقد النكاح.

أما لو اشترطه فى المهر صح العقد و المهر و الشرط، لكون المهر كالعقد المستقل

بنفسه، و من ثم صح إخلاؤه عنه، فيندرج اشتراط الخيار فيه حينئذ تحت

قوله صلى الله عليه و آله (۱): «المؤمنون عند شروطهم»

نعم يشترط ضبط مدته كغيره من العقود، و لا يقدح إطلاق الأصحاب المعلوم بناؤه على ذلک و إن كان ربما احتمل عدم اعتبار ضبطه لـذلک، و لأنه يغتفر فيه من الجهاله ما لا يغتفر فی غيره، لكن المـذهب الأول، و لا يتقيد بثلاثه و إن حکی عن الشيخ أنه مثل بها.

ثم إن استمر عليه و انقضت مـدته لزم، و إن فسـخه ذو الخيـار يرجع إلى مهر المثـل، كما لو عرى العقـد عن المهر، و إنما يجب بالدخول كما مر الكلام فيه و فی هذه المسأله، و الله العالم.

[المسأله الثالثه عشره الصداق يملک بالعقد]

المسأله الثالثه عشـره الصـداق يملک بالعقد على أشـهر الروايتين و القولين، بل المشـهور منهما شـهره عظيمه، بل عن الحلی نفی الخلاف فيه، و لعله كذلک، فانی لم أجده إلا من المحكی عن الإسكافی، فملكها النصف به و الأخر

بالدخول أو ما يقوم مقامه مع عدم صـراحته فی ذلک، لاحتمال إرادته الاسـتقرار كما فی كشف اللثام، فلا خلاف حينئذ أصـلا، كما يشهد به ما سمعته من الحلی، و عليه يمكن دعوى لحوقه بالإجماع إن لم يكن سبقه.

مضافا إلى ظهور قوله تعالى (۲)«وَ آتُوا النِّسـاءَ صَـدُقاتِهِنَّ» و غيره مما دل على وجوب دفعه إليهن المقتضـی لملكهن فضـلا عن ظهور الإضـافه فی الاختصـاص، و إلى أن ذلـک شـأن المعاوضـات، فكمـا أن المشـتری يملـک المـبيع بالعقـد و البـائع الثمن به فكذلک النكاح الذی لا ريب فی ملک الزوج البضع به المقتضی ملک الامرأه المهر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآيه ۴.

به الـذى هـو عوض عن ذلـك فى اللفـظ و القصـد، و إلى مـا دل من النصوص (۱)السـابقه المعتضـده بالفتاوى على كون النماء المتخلل بين العقد و الطلاق لها، و هو مستلزم لملكها، و فضلا عن ظهور الإضافه فى الاختصاص الذى لا يعارضه

صحيح أبى بصير(۲)سـأل الصـادق عليه السـلام «عن رجل تزوج امرأه على بسـتان له معروف و له غله كثيره ثم مكث سـنين لم يـدخل بهـا ثم طلقها، قال: ينظر إلى ما صار إليه من غله البسـتان من يوم تزوجها، فيعطيها نصـفه و يعطيها نصف البسـتان، إلا أن يعفو فتقبل منه، و يصطلحان على شى ء ترضى به منه، فإنه أقرب للتقوى»

لقصوره باعتضاد الأول مع تعدده بما عرفت، مع احتمال أن تكون الغله من زرع يزرعه للرجل، و أن يكون الصداق و هو البستان دون أشـجاره، و على التقـديرين فليست الغله من نمـاء المهر، فيختص بالرجـل، و يكون الأمر حينئـذ بـدفع النصف محمولا على الاستحباب كما يرشد إليه

قوله عليه السلام: «فإنه أقرب للتقوى»

أو لأنه عوض أجره الأرض.

و بذلك ظهر لك ضعف الاستدلال به للإسكافى، مضافا إلى ظهور عده من النصوص السابقه التى منها

خبر محمد بن مسلم (۳)سأل الباقر عليه السلام «متى يجب المهر؟

قال: إذا دخل بها»

و خبر يونس بن يعقوب (۴)عن الصادق عليه السلام «لا يوجب المهر إلا الوقاع»

المحمول فيهما الوجوب على الثبوت و الاستقرار، لظهوره و غلبه استعماله فى ذلك، أو للجمع أو لغير ذلك، فيكون المراد أنه لا يوجبه بتمـامه إلا الوقاع فى مقابله احتمال وجوبه بالخلوه أيضا، و إلى أنها لو ملكته به لاسـتقر و لم يزل إلا بناقل من بيع و نحوه، و الملازمه ثم بطلان اللازم ممنوعان، و يكفى فى السـبب طلاقهـا قبـل الـدخول، كل ذلك مع قطع النظر عما دل على وجوبه أجمع بالموت من

النصوص (۵)المعمول بها كما ستعرف، و عن الحاوى وجوب النصف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۴- من أبواب المهور.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب المهور الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحديث ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحديث ۶.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب المهور الحديث ۲۰ الى ۲۴.

علیها فیما لو أبرأته، و وجوب دفع قیمه النصف علیها لو زاد عنـدها زیاده متصـله و لو کان قد دفع إلیها عوضه عبدا آبقا و حبره، و غیر ذلک مما یشرف الفقیه علی القطع بفساد القول المحکی.

و حینئذ ف لها التصرف فیه قبل القبض علی الأشبه الأشهر، بل المشهور، بل لم أجد فیه خلافا إلاـ من الشیخ فی محکی الخلاف، فمنع منه قبله، و یمکن دعوی لحوقه بالإجماع، بل و سبقه للأصل، و عموم تسلط الناس (۱)و ما دل (۲)علی جواز إبرائها إیاه منه، و علی العفو عنه (۳)و دفع الآبق و الحبره عنه (۴)و غیر ذلک مما لا یعارضه النهی (۵)عن بیع ما لم یقبض الذی هو أخص من المدعی، بل هو وارد فی بیع ما اشتراه (۶)و قد عرفت حمله علی الکراهه فی محله، و من الغریب استدلاله علی ذلک بأن الإجماع محقق علی تصرفها به بعد القبض دون ما قبله الذی یمکن منعه علیه، کما عرفت. علی أن الدلیل غیر منحصر بالإجماع، بل یکفی ما عرفت من الأصل و العموم و غیرهما.

و علی کل حال فإذا طلق الزوج عاد إلیه النصف، و بقی للمرأه النصف بلا خلاف کتابا(۷)و سنه(۸)و إجماعا فلو عفت عما لها کان الجمیع للزوج بلا خلاف أیضا و لا إشکال کتابا(۹)و سنه(۱۰)و إجماعا بقسمیه، مضافا إلی عموم تسلط

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ط الحدیث.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۶ و ۳۵ و ۴۱- من أبواب المهور.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام العقود الحدیث ۱ و ۱۱ و ۱۲ و ۱۵ و غیرها من کتاب التجاره.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام العقود من کتاب التجاره.

۷- ۷ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب المهور.

۹- ۹ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور.

الناس على أموالهم (۱)فإذا كان الصداق دينا أو عينا و قد تلفت فى يد الزوج صح عفوها بلفظه و الاسقاط و الإبراء و الترك، بل فى القواعد و المسالک و كشف اللثام و الهبه، بل فى الأخيرين و التمليک، بل لم يحک أحد منهما الخلاف هنا و لعله لدلاله كل منهما على إسقاط الحق الذى لا يختص بلفظ، و لا إشكال فيه مع إراده معنى الإبراء منهما، إنما الكلام فيما لو أريد منهما معناهما لو تعلقا بالعين على أن يكون الإبراء تبعا لذلک، و كان وجهه صحه تمليک ما فى الذمه ممن هو عليه بالهبه، لكونه مقبوضا، فيحصل الإبراء باعتبار عدم قصور ملک الإنسان على نفسه، بخلاف هبه ما فى ذمه الغير، فإنه لا يتصور قبضه دينا، و تشخيصه بالعين يخرجه عن الدين الذى هو محصل البحث.

لكن قد يناقش بأنه لا معنى لملک الكلى فى الذمه إلا استحقاقه على من فى ذمته، ضروره

كونه معدوما لا يصلح لقيام صفه الملكيه، فلا يتصور حصولها لمن فى ذمته على نفسه، و حينئذ يتجه عدم الصحه إلا ما دل عليه الدليل فى البيع و غيره من العقود المملكه لا المسقطه.

و قد يدفع بأن الشارع قد جعل الوجود الذمى كالوجود الخارجى، فيصح قيام صفه الملكيه فيه إلا أن ذلک لما كان يتبعه الاستحقاق للمالک يتجه سقوطه فى الفرض و نحوه، لعدم تصور استحقاقه على نفسه، لا يقال: إن ذلک يقتضى أيضا جواز هبه ما فى ذمه الغير للغير، إذ هو حينئذ كالأعيان، لأنا نقول: إنه و إن كان كذلک لكنه يمنعه اعتبار القبض فى صحه الهبه، و قد عرفت عدم إمكان قبضه دينا، و احتماله بالضمان مثلا يدفعه أنه ليس قبضا، و إنما هو عقد آخر و إن أفاد كونه مقبوضا لمن صار فى ذمته بعد الضمان، هذا و لتمام الكلام فيه محل آخر.

و على كل حال لا يفتقر إلى قبول عند المشهور بأى لفظ وقع كسائر الابراءات، لإطلاق الأدله المعتضده بفتوى المشهور، و مما يؤيده هنا إطلاق قوله

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ط الحديث.

تعالی (۱)«إِلّا أَنْ یَعْفُونَ»

و ما فی الخبر السابق (۲)من أنها «إذا جعلته فی حل منه فقد قبضته»

فما عن المبسوط- من الافتقار إلیه مطلقا و الشافعیه إذا کان بلفظ الهبه و التملیک فی وجه- ضعیف، و إن کان ما عن الشیخ أضعف مما عن الشافعیه.

و إن کان عینا صح بلفظ الهبه و التملیک و نحوهما مما یقوم مقامهما، و اعتبر فیهما القبول و القبض.

و هل یصح بلفظ العفو؟ کما عن المبسوط و التحریر للایه(۳)لمجیئه بمعنی العطاء کما عن العین و المبسوط، و فی المسالک أن منه «وَ یَسْئَلُونَکَ ما ذا یُنْفِقُونَ؟ قُلِ: الْعَفْوَ من المال» أی الفضل من الأموال التی یسهل إعطاؤها، و قوله تعالی(۴):

«خُذِ الْعَفْوَ» أی خذ ما أعطاک الناس من میسور أموالهم، و لا تشدد علیهم، و فیه أنه لا دلاله علی کونه بمعنی العطاء، و إنما هو عباره عن نفس المال الزائد، و العطاء مستفاد فی الأول من الإنفاق، و یحتمل العدم، لمنع مجیئه بمعنی العطاء، و لو سلم کان خلاف المعروف، و لا سیما إذا قال: «عفوت عنه» بل لعل المتعدی بعن لا یکون إلا بمعنی الإبراء، و الآیه لا تتعین للفظ العفو، و إنما المراد إسقاط الحق من العین أو الدین مطلقا، و لعله أقوی.

و منه یعلم ما عن المبسوط من أنه إن عفت فهو هبه تقع بثلاثه ألفاظ: الهبه و العفو و التملیک، و افتقر إلی القبول و القبض إن کان فی یدها، و مضی مده القبض إن کان فی یده، و الاذن فی القبض علی قول، و لها

الرجوع قبل مضی مده القبض، و إن عفی فان کان الطلاق مخیرا فهو إسقاط لحقه- کحق الشفعه- لا هبه، فیصح بسته ألفاظ، و هی جمیع ما مر و لا حاجه إلی القبول، و إن کان مملکا، و هو الصحیح عندنا فهو هبه انما یقع بالثلاثه الألفاظ، و افتقر إلی القبول، و کان له الرجوع قبل القبض أو مضی مدته، و نحوه عن التحریر، مضافا إلی ما فیه من النظر من

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۱- من أبواب المهور الحدیث ۲.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

۴- ۴ سوره الأعراف: ۷- الآیه ۱۹۹.

وجوه أخر أيضا.

و كذا الكلام لو عفى الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ المذكور فی الآيه(۱)سواء قلنا: إنه الزوج كما عند العامه أو قلنا هو الولی كما عند الخاصه، كالأب و الجد للأب و عن النهايه زياده الأخ و قيل كما عن المهذب أو من تولته الامرأه عقدها كل ذلک لتظافر نصوصهم فی ذلک أو تواترها، ک

صحيح ابن سنان (۲)عن الصادق عليه السلام «الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ فهو ولی أمرها»

و حسن الحلبی (۳)أيضا فی قوله تعالی (۴)«أَوْ يَعْفُوَا» إلی آخره «هو الأب و الأخ، و الرجل يوصی اليه، و الرجل يجوز أمره فی مال الامرأه، فيبيع لها و يشتری، فإذا عفا فقد جاز»

و نحوه فی خبر سماعه(۵)عنه عليه السلام أيضا، و فی

مرسل ابن أبی عمير(۶)عنه عليه السلام أيضا «يعنی الأب و الذی توكله المرأه و توليه أمرها من أخ أو قرابه أو غيرهما»

و فی خبر إسحاق بن عمار(۷)«أبوها إذا عفا جاز له، و أخوها إذا كان يقيم بها، و هو القائم عليها، فهو بمنزله الأب يجوز له، و إذا كان الأخ لا يهتم و لا يقيم عليها لم يجز أمره»

و فی خبر أبی بصير(۸)عنه عليه السلام أيضا قال: «هو الأخ و الأب، و الرجل يوصی اليه، و الذی يجوز أمره فی مال يتيمته، قال: قلت: أ رأيت إن قالت: لا أجيز ما يصنع؟ قال: ليس لها ذلک، أ تجيز بيعه

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب عقد النكاح- الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور الحديث ۱.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الوكاله الحديث ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور الحديث ۵.

۸- ۸ أشار اليه و ذكر ذيله فی الوسائل فی الباب- ۵۲- من أبواب المهور الحديث ۳ و ذكر تمامه فی البحار- ج ۱۰۳ ص ۳۵۸ ط الحديث- و فيه « فی مال بقيمته».

فی مالها و لا تجیز هذا؟»

و قال الباقر علیه السلام فی صحیح ابن مسلم و أبی بصیر(۱): «هو الأب و الأخ، و الموصی إلیه، و الذی یجوز أمره فی مال الامرأه من قرابتها، فیبیع لها و یشتری فأی هؤلاء عفا فعفوه جائز فی المهر»

و سأل رفاعه(۲)الصادق علیه السلام فی الصحیح «عن الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ فقال: الولی الذی یأخذ بعضا و یترک بعضا و لیس له أن یدع کله»

إلی غیر ذلک من النصوص المتفقه فی الدلاله علی أنه غیر الزوج.

مؤیده بأنه المناسب لعطفه علی الغائب، إذ لو أرید به الزوج لما عدل عن الخطاب الذی قد صدر به الآیه، و بأن العفو حقیقه فی الإسقاط لا التزام ما سقط بالطلاق، إذ لا یسمی ذلک عفوا، و بأن إقامه الظاهر مقام المضمر مع الاستغناء بالمضمر خلاف الأصل، و لو أرید الأزواج لقیل: أو یعفو، و بأن المسند إلیهن العفو أولا الرشیدات، فیجب ذکر غیر الرشیدات لیستو فی القسمه، و بأن قوله تعالی (۳):

«إِلّا أَنْ یَعْفُونَ» استثناء من الإثبات، فیکون نفیا، و حمله علی الولی یقتضی ذلک، ففیه طرد لقاعده الاستثناء بخلاف ما لو حمل علی الزوج، فإنه یکون الاستثناء من الإثبات إثباتا و هو خلاف القاعده، و بأن قضیه العطف التشریک، و هو حاصل علی تقدیر إراده الولی، ضروره اشتراکهما حینئذ فی النفی، بخلاف ما لو حمل علی الزوج، فإنه یکون إثباتا، فلا یحصل معه الاشتراک.

و هذه الوجوه و إن کان فی بعضها أو جمیعها نظر کما أطنب فی بیانه فی المسالک لکن قد عرفت أن العمده النصوص السابقه التی لا یعارضها ما فی بعض الشواذ(۴)من کون المراد به الزوج، خصوصا بعد اتفاق الإمامیه أو

کالاتفاق علی مضمونها، و لولاه لأمکن إراده الأعم من الزوج و ولیه و ولیها منه، علی معنی ثبوت النصف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب عقد النکاح- الحدیث ۵.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب عقد النکاح- الحدیث ۳.
۳- ۳ سوره البقره ۲- الآیه ۲۳۷.
۴- ۴ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۵۱.

بالطلاق إلا أن يعفون أو يعفو أحد هؤلاء، فلا تنصيف حينئذ و إن اختلف مالك الكل.

لكن قد عرفت اشتمال بعض النصوص على الأخ، و الإجماع محقق منا على عدم ولايته، فلا بد حينئذ من إدراجه فيما بعده من كونه وصيا أو ولته أمرها كما سمعته فى خبر إسحاق بن عمار(۱)، فيكون حينئذ تعميما بعد تخصيص و لا بأس به، كما أنك قد عرفت اشتمالها على من توليه أمرها الذى سمعته من القاضى المؤيد- مضافا إلى ذلك- بعموم الآيه(۲)و بعدم الفرق بين الأخ و غيره فى انتفاء الولايه بدون توليتها و ثبوتها بتوليتها و توكيلها، و لأنها إذا وكلت رجلا و أذنت له فى كل ما يراه من التصرف فى أموالها مطلقا كان له جميع ما يدخل فى الاذن و منه هذا التصرف، و لعل اقتصار معظم الأصحاب على الأب و الجد لعدم كونه وليا حقيقه، ضروره أنه عن أمرها و عن توليتها و توكيلها.

و من ذلك يظهر أنه لا وجه لما فى المتن و غيره من نسبته إلى القيل مشعرا بتمريضه فضلا عن وقوع الخلاف، لما عرفت من عدم تصوره فيه، إذ مع فرض عموم وكالته لما يشمل ذلك لا إشكال فى اعتبار عفوه حينئذ، كما أنه لا إشكال فى عدم اعتباره مع فرض عدم عمومها، و

احتمال أن القائل يقول بذلك على هذا التقدير بعيد، بل لعل النصوص كالصريحه فى خلافه.

نعم قد يقال: إن المراد هنا على وجه متحقق فيه الخلاف هو أن توليتها أو توكيلها إذا كان على جهه الإطلاق فى غير مقام يقيد بالمصلحه، نحو إطلاق التوكيل فى البيع المنصرف إلى ثمن المثل، أما فيه فله العفو و إن كان هو نفسه لا مصلحه لها فيه عملا بظاهر النصوص المزبوره، و حينئذ يكون الوجه فى الخلاف أن القاضى عمل بالنصوص المزبوره المؤيده بإطلاق الآيه، فهو حينئذ كالأب و الجد بالنسبه إلى ذلك.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور الحديث ۵.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

و هو قوی إن لم نتحقق إعراض الأصحاب عنه علی هذا التقدیر، ترجیحا لما دل علی اعتبار المصلحه فی التصرف فی مال المولی علیه من قوله تعالی(۱) :

«وَ یَسْئَلُونَکَ عَنِ الْیَتامی قُلْ: إِصْلاحٌ لَهُمْ خَیْرٌ» و قوله تعالی (۲)«وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ»* و غیر ذلک علی هذه النصوص التی- ربما کان خبر إسحاق بن عمار(۳)منها شاهدا علی ما سمعت- توجب حینئذ صرف ظاهرها إلیه أو رفع البعد عنه، نحو ما یظهر أیضا منها من مضی عفو کل من له الأمر فی نکاحها و مالها من وصی أو غیره مما لم نعرف قائلا به و إن کان هو غیر بعید، بل لو لا اتفاق

الأصحاب ظاهرا علی خلاف ذلک لأمکن أن یقال المراد من الآیه بیان العفو منها أو من ولیها علی حسب عفوه عن غیر ذلک من دیونها و أموالها، فلا یختص المقام حینئذ بخصوصیه.

بل ربما حکی عن ابن إدریس و العلامه فی المختلف و حاشیه الکرکی اعتبار المصلحه فی العفو و لو عن البعض، و مقتضاه عدم الخصوصیه للمقام، لکن قد یستفاد من معقد الاتفاق فی محکی الخلاف و المبسوط أن للأب و الجد العفو، و أنه المذهب فی محکی التبیان و مجمع البیان و روض الجنان للشیخ أبی الفتوح و فقه القرآن للراوندی و الأخبار أن للمقام خصوصیه، و هی جواز عفوهما مطلقا مع المصلحه و عدمها.

بل ما ذکره المصنف و غیره- من أنه یجوز للأب و الجد للأب أن یعفو عن البعض و لیس لهما العفو عن الکل بل قیل: إنه یظهر الاتفاق علیه فی المبسوط و التبیان و مجمع البیان و فقه القرآن للراوندی- أصرح فی إثبات الخصوصیه، و لعل دلیله الأصل، و صحیح رفاعه(۴)السابق

و مرسل ابن أبی عمیر(۵)

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۰.

۲- ۲ سوره الانعام: ۶- الآیه ۱۵۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب عقد النکاح الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الوکاله الحدیث ۱.

عن الصادق عليه السلام «و متى طلقها قبل الدخول بها لأبيها أن يعفو عن بعض الصداق و يأخذ بعضا، و ليس له أن يدع كله»

لكن عن المختلف وفاقا للجامع أن المصلحه إن اقتضت العفو عن الكل جاز، و فى كشف اللثام و هو الموافق للأصول و يمكن حمل الخبرين على أن الغالب انتفاء المصلحه فى العفو عن الكل و فيه أن محل البحث العفو من حيث كونه عفوا مع قطع النظر عن أمر خارج عنه، و لا ريب فى عدم جوازه من الولى فى غير المقام، لكونه تضييع مال المولى عليه.

و لذا قال المصنف و غيره بل ظاهرهم الاتفاق عليه إنه لا يجوز لولى الزوج أن يعفو عن حقه إن حصل الطلاق منه ثم صار مولى عليه بجنون أو بلغ فاسد العقل و قلنا بصحه طلاق الولى عنه حينئذ لأنه منصوب لمصلحته و لا غبطه له فى العفو نعم قل يقال-: بسبب استبعاد هذا الحكم خصوصا مع تصريح بعضهم بعدم الفرق فى البعض بين القليل و الكثير المقتضى لجواز العفو مع إبقاء شى ء من المهر و إن قل و عدمه إلا مع المصلحه بالنسبه إلى ذلك القليل، و عدم وفاء مثل الخبرين (۱)المزبورين بمثله مع فرض دلاله تلك النصوص (۲)و الآيه(۳)و لو من جهه الإطلاق على العفو مطلقا، فيقصران حينئذ عن تقيده بهما- أنه يمكن طرحهما أو حملهما على ما لا ينافى ذلك.

و كيف كان فقد عرفت مما قدمناه أنه إذا عفت الزوجه عن نصفها مثلا أو عفى الزوج عن نصفه لم يخرج عن ملك أحدهما بمجرد العفو لأنه و إن قلنا: إنه هبه باعتبار وروده بمعنى العطاء أو لجواز عقد الهبه به مع إرادتها

منه و لو مجازا فلا ينتقل إلا بالقبض كغيره من أفراد الهبه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب عقد النكاح- الحديث ۳ و الباب- ۷- من كتاب الوكاله الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب عقد النكاح و الباب- ۵۲- من أبواب المهور.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

إذ احتمال اختصاصه بتحقق الملك بمجرد العقد به- لتوهم دلاله إطلاق الآيه(۱)و الروايه(۲)على ذلك- واضح الفساد.

نعم لو كان الصداق دينا على الزوج أو تلف فی يد الزوجه كفی العفو عن الضامن له زوجا كان أو زوجه لأنه يكون حينئذ إبراء كما عرفت ذلك، و عرفت أيضا أنه لا يفتقر إلى القبول على الأصح خلافا للشيخ فلاحظ و تأمل.

أما الذی عليه المال أو عنده فلا ينتقل عنه بعفوه ما لم يسلمه لأنه إن كان عينا فهو حينئذ هبه يحتاج صحتها إلى القبض، و إن كان دينا فالعفو عنه مع كونه ليس فی ذمه العفو عنه كالهبه أيضا لا يتحقق ملكه إلا بالقبض، بل الظاهر أنه لا بد من تجديد الصيغه بعد تعيينه و تشخيصه، و لا يكفی التلفظ بالعفو السابق الذی لم يكن مورده عينا و لا دينا فی ذمه المعفو عنه، لأنه بعد التسليم يكون كهبه ما فی ذمه الغير لمن ليس عليه، و هی باطله على ما قرر فی محلها، و احتمال خصوصيه للعفو هنا باعتبار إطلاق الآيه(۳)ضعيف، و حينئذ فظاهر المتن و غيره من كفايه العفو الذی يتعقبه التسليم لا يخلو من نظر إلا إذا قلنا بصحه هبه ما فی ذمه الغير لمن ليس

عليه الحق بتعقب التشخيص و القبض، فإنه يتجه حينئذ ما ذكروه و الله العالم.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

[المسأله الرابعه عشره لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع]

المسأله الرابعه عشره قد عرفت فيما تقدم أنه لو كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع عن الدخول بها، لأن بضعها ملك بالمهر المتأخر برضاها فلو عصت و امتنعت و حل مهرها المؤجل هل لها أن تمتنع؟ قيل: نعم، و قيل: لا، لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده كما سمعت الكلام فيه مفصلا، و الله العالم.

[المسأله الخامسه عشره لو أصدقها قطعه من فضه فصاغتها آنيه ثم طلقها قبل الدخول كانت بالخيار فى تسليم نصف العين أو نصف القيمه]

المسأله الخامسه عشره لو أصدقها قطعه من فضه مثلا فصاغتها حليا أو آنيه محلله أو للادخار بناء على جوازه ثم طلقها قبل الدخول كانت بالخيار فى تسليم نصف العين أو نصف القيمه التى هى هنا المثل لأنه لا يجب عليها بذل الصفه كما تقدم البحث فى نظيره من كل عين قد زادت فى يدها، بل قد تقدم سابقا قوه تعيين القيمه لخبر العبد الذى كبر فى يدها(١)مؤيدا بأن الطلاق من المملكات التى ينافيها خيارها بين بذل نصف العين و نصف القيمه، ضروره قابليته تحقق صفه الملك فى الكلى التخييرى، و من هنا كان المتجه- بناء

على جواز بذلها نصف العين و وجوب القبول عليه و لو للإجماع، أو لكونه حينئذ أقرب إلى نصف المفروض من القيمه إن لم نقل: إنه منه- أن الواجب أولا للزوج القيمه أو نصف العين و يدفع الأخر عنه، و الأمر سهل بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا.

و لو أصدقها حليا فكسرته أو انكسر عندها و إعادته صنعه أخرى فهو زياده و نقصان، و قد عرفت أن المتجه وجوب القيمه أيضا لخبر العبد(٢)لكن ذكروا

١- ١ الوسائل الباب- ٣۴- من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣۴- من أبواب المهور الحديث ٢.

فيه أن لهما معا الخيار كما سمعت.

إنمـا الكلاـم فيما إذا أعادت تلك الصـنعه الأولى دون صـنعه أخرى، فإنه يحتمل الرجوع إلى نصـفه و إن لم ترض الزوجه، لأنه الاـن بالصـفه التى كـانت عليه عنـد الاصـداق من غير زيـاده، و يحتمـل اعتبار رضاها بـذلك فلا يرجع بـدون رضاها لأنها زياده حصـلت عنـدها باختيارهـا و إن كـانت مثـل الأولى، و الزياده الحاصـله عنـدها تمنع من الرجوع بـدون رضاها و إن جوزنا إعاده المعـدوم بعينه، فإنه يختلف باختلاف وضع الأجزاء و إن تشابه، و من المعلوم عاده أن الأجزاء لا تعود إلى أوضاعها السابقه، نعم يتجه إن قيل باتصال الجسم مع بقائه حال الانكسار و إعاده الصفه بعينه و لم يقل به أحد.

قيل: و فرق بين ذلك و بين الجاريه إذا هزلت عنده ثم سمنت،- فإنه يرجع بنصف الجاريه و

إن لم ترض مع حدوث السـمن عندها- بأن السـمن بدون اختيارها و الصفه باختيارها و التزامها المئونه، و من العامه من لم يفرق بينهمـا، بـل عن فخر الإسـلام الميل اليه، لكنه كما ترى، فإن أبت فله نصف قيمته مصوغا بتلك الصـفه، فإنه بمنزله التالف، و هو مركب من جزءين مـادى و صورى، و لاـ مثـل للصورى، فيتعين القيمه، و لاـ بـد من أن يكون من غير الجنس تحرزا من الربـا، و يحتمـل أن يكون له مثـل وزنه اجره مثـل الصـفه، لأـن الجزء المـادى مثلى، و المثـل أقرب إليه من القيمه، و لاـ ينافى اعتبار مثله اعتبار القيمه للجزء الأخر.

و لو كان الصداق ثوبا ف فصـلته و خاطته قميصا لم يجب على الزوج أخذه كما لا تجبر هى على دفعه و كان له إلزامها بنصـف القيمه، لأـن الفضه لاـ تخرج بالصـياغه عمـا كـانت قابله له، و ليس كـذلك الثوب و من هنا وجب عليه القبول فى الأول بخلاف الثانى، و قد عرفت سابقا قوه احتمال عدم وجوب القبول فى نظير الأول أيضا، فلاحظ و تأمل.

[المسأله السادسه عشره لو أصدقها تعليم سوره كان حده أن تستقل بالتلاوه]

المسأله السادسه عشره قد تقدم سابقا أنه لو أصدقها تعليم سوره مثلا كان حده أن تستقل بالتلاوه صحيحا بغير مرشد و لا يكفى فى صدقه عرفا تتبعها لنطقه نعم قيل لو استقلت بتلاوه الآيه ثم لقنها غيرها فنسيت الأولى لم يجب عليه إعاده التعليم عرفا، مع أن تحقق المراد من إطلاق تعليم السوره بذلك عرفا محل نظر أو منع، و عن بعضهم اعتبار ثلاث آيات مراعاه لما يحصل به الاعجاز، و أقله سوره قصيره مشتمله على ثلاث آيات كالكوثر، و الأجود الرجوع إلى العرف، لعدم التقدير شرعا، و لا مدخليه للإعجاز فى ذلك خصوصا مع اختلاف الايات قصرا و طولا.

و على كل حال ف لو استفادت ذلك من غيره كان لها عليه أجره التعليم كما لو تزوجها بشى ء و تعذر عليه تسليمه سواء كان بتقصير منها فى التعلم منه مع بذله نفسه لذلك و عدمه.

و كذا لو مات أحدهما قبل التعليم و قد شرط تعليمها بنفسه، أو تعذر تعليمها لبلادتها، أو أمكن بتكلف عظيم زياده على المعتاد، و قد عرفت أن ذلك ليس كالإجاره، كما أنه ليس ذلك كوفاء دين الإنسان بغير إذنه، حيث حكم ببراءته ببذل الغير و لو من غير إذنه، لأن تعليمه بنفسه لا يمكن وفاؤه عنه بتعليم غيره، لأن ذلك غير التعليم المجعول مهرا، نعم لو كان الواجب عليه التعليم مطلقا فتبرع واحد عنه سقط حينئذ عنه و لم تستحق الامرأه شيئا، كما هو واضح.

[المسأله السابعه عشره يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع]

المسأله السابعه عشره قد عرفت فيما تقدم أنه يجوز أن يجمع بين نكاح و بيع و غيرهما فى عقد واحد، و يقسط العوض حينئذ على الثمن الذى هو قيمه المبيع و مهر المثل الذى هو قيمه البضع، كما عرفته فيما تقدم و لو كان معها دينار مثلا- فقالت: زوجتك نفسى و بعتك هذا الدينار بدينار فعن المبسوط و وافقه المصنف بطل البيع، لأنه ربا باعتبار مقابلته بدينار مع زياده النكاح أو عوضه و فسد المهر حينئذ و صح النكاح الذى قد عرفت غير مره أن المهر ليس من أركانه.

و لكن فى القواعد و تبعه فى المسالك أن الأقوى وجوب ما يقتضيه التقسيط من المسمى للنكاح و بطلان البيع خاصه، إذ لو أخلينا النكاح من المسمى لزم وقوع الدينار كله بإزاء الدينار، فيصح البيع حينئذ لانتفاء الربا، فلو فرض مهر مثلها دينارا كان ما يخص المهر منه نصف دينار، لاتفاقهما على جعله فى مقابله دينارين، و يبطل البيع فى نصف الدينار بالدينار الذى يقابله، و لو فرض مهر مثلها عشره دنانير قسم الدينار على أحد عشر جزء، و كان المهر عشره أجزاء من أحد عشر جزء من الدينار، و بطل البيع فى جزء من أحد عشر جزء من دينار، و لعل هذا آت فى كل مختلفين جمعا فى عقد واحد بعوض واحد، و لا يلزم من بطلان الربا بطلان الأمرين، لوجود المقتضى للصحه و انتفاء المانع.

و فيه أن عقد المعاوضه واحد إلا أن عدم بطلان النكاح من جهه عدم اعتبار العوض فيه، و إلا فلا ريب فى بطلان «بعتك الفرس و الدينار بدينار» بل «و بعتك الفرس و وهبتك الدينار بدينار» بناء على جريان الربا فى سائر المعاوضات، فتأمل جيدا، هذا كله مع اتحاد الجنس.

أما لو اختلف الجنس (۱۱) كالدينار بالدرهم صح الجميع (۱۲) لعدم الربا

نعم يعتبر تحقق شرط الصرف و هو التقابض فى المجلس و إلا بطل فيما يقابل الدرهم من الدينار، و صح فيما اقتضاه المهر من التقسيط، لعدم اعتبار التقابض فيه فى المجلس و كأن المصنف ذكر هاتين المسألتين فى هذا الباب- مع أنهما ليستا منه- لما يحكى عن العامه من عد ذلك من مفسدات المهر، و الله العالم.

[فروع]

[الأول لو أصدقها عبدا فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته]

الأول لو أصدقها عبدا فأعتقته ثم طلقها قبل الدخول فعليها نصف قيمته بلا خلاف و لا إشكال، كما عرفته فى المباحث السابقه. و لكن الكلام فيما لو دبرته فإنه قيل: كانت بالخيار فى الرجوع بالتدبير و إعطائه نصف العين و فى الإقامه على تدبيره و إغرامه نصف القيمه، و ذلك لأن التدبير طاعه مقصوده قد تعلقت بالعبد، فكانت كالزياده المتصله التى قد سمعت أنها لا تجبر معها على دفع العين، بل قد سمعت قوه احتمال تعين القيمه، فى مثل ذلك، و لتعلق حق الحريه بالعين و لا عوض عنه، بخلاف حق الزوج، فإن القيمه تقوم مقامه، فتدفع حينئذ جمعا بين الحقين، إلا أن ذلك كما ترى، ضروره عدم إخراج التدبير المدبر عن الملك، كضروره كون الطلاق مملكا للنصف، فالمتجه حينئذ انتقال نصف العين إلى المطلق، لكون العين باقيه على ملكها، فلا مانع حينئذ من إعمال سبب الطلاق قبل الدخول عمله، كما فى غير التدبير من الوصايا المتعلقه بالصداق، و احتمال خصوصيه للتدبير يدفعه منع ذلك بعد فرض جواز الرجوع كغيره من الوصايا، نعم قد يتم ذلك لو قلنا بعدم جواز الرجوع به، كما هو المشهور بين العامه على ما قيل، كمنع احتمال ترجيح استصحاب بقاء حكم الوصيه أو عموم

ما دل على نفوذها ما لم يرجع صاحبها و عـدم جواز تبديلها(۱)على ما دل (۲)على تنصيف الطلاق بناء العتق على التغليب الذى لأجله شـرع التـدبير، لكون التعارض بينهما من وجه، خصوصا مع عـدم منع التـدبير رجوع الواهب بالموهوب و لا الرجوع بالعين لعيب مثلا فى البيع، فإنه لا فرق بينهما فى المقام، و ما فى بعض كتب العامه من قوه الفسخ فيهما، و كونه كالعقد بخلاف الطلاق مجرد استحسان، و من هنا كان خيره ثانى الشهيدين بطلان التدبير فى النصف، إلا أن الانصاف عدم خلو الأول من قوه أيضا.

و على كـل حال فان رجعت بالتـدبير أخـذ نصـفه، و إن أبت لم تجبر على الرجوع و كان عليها قيمه النصف بل قـد يقال: بأن له قيمه النصف فى الأول أيضا و إن رجعت فيه بعد الطلاق قبل

الغرامه، لما عرفت من كون الطلاق مملكا من حينه، فمع فرض تمليكه القيمه عليها يكون العبد مدبرا لا دليل على عود اسـتحقاقه إلى العين بعد الرجوع، اللهم إلا أن يقال: إن لم يعد الحق إليها فلا ريب فى أنها أقرب إليه من القيمه، و فيه أنه لا دليل فيه أيضـا على وجوب الأقرب بعد فرض تعلق السبب بمقتضاه.

و من ذلـك يعلم الكلاـم فيمـا لو دفعت نصف القيمه ثم رجعت فى التـدبير الـذى هو أولى من الأـولى بالحكم السابق و إن قيل كـان له العود فى العين لأـن القيمه أخـذت لمكان الحيلوله كالعين المغصوبه و لكن فيه تردد منشؤه ما عرفت، و ما فى المتن من استقرار الملك بدفع القيمه و لو للأصل.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۲- من كتاب الوصايا.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب المهور.

[الثانی إذا زوجها الولی بدون مهر المثل یصح المهر المسمی]

الثانی قد عرفت فیما مضـی أن المولی علیها إذا زوجها الولی بدون مهر المثل لا لمصـلحه کان لها عدم إجازه المهر، بل و العقد فی وجه تقدم الکلام فی ذلک مفصـلا، و لکن فی المتن هنا قیل: یبطل المهر و لها مهر المثل، و قیل: یصح المسـمی و هو أشـبه بعمومـات الولایه و بما ثبت کتابا(۱)و سنه(۲)من أن له العفو عن المهر و هو منـاف لمـا اختـاره سابقـا، اللهم إلاـ أن یحمل علی الصحه التی لا تنافی اعتراضها، فلاحظ و تأمل.

و فی المسالک «أن المختار صـحه العقـد و لزوم المسـمی مع المصـلحه، و ثبوت الخیار لها فیه مع عـدمها، فان فسـخت فلها مهر المثـل مع الـدخول کالمفوضه- إلی أن قال:- و لو کان المولی علیه ذکرا و زوجه الولی بأکثر من مهر المثل فالأقوی وقوفه علی الإجـازه لعقـد الفضولی بالنسـبه إلی المسـمی، فإن أبطله ثبت مهر المثل کالسابق، و یتخیر الأخر حینئـذ فی العقـد، هـذا إذا کان الصـداق من مال الولـد، فلو کان من مال الأب جاز، لأنه لا تخییر للولـد حینئذ، و إن دخل فی ملک الولد ضـمنا» و ظاهره الفرق فی الحکم بینهما، و فیه نظر یعرف مما قدمناه سابقا فلاحظ و تأمل.

[الثالث لو تزوجها علی مال مشار الیه غیر معلوم الوزن فتلف قبل قبضه فأبرأته منه صح]

الثالث لو تزوجها علی مال مشار الیه غیر معلوم الوزن أو غیره مما یعتبر فیه العد و الکیل و الذرع فتلف قبل قبضه فأبرأته منه صح لعموم أدله الإبراء(۳)

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب المهور.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۱- من أبواب المهور.

خلافا لما عن الشيخ من المنع عند الجهل بالقدر فى قول و كذا لو تزوجها بمهر فاسد و استقر لها مهر المثل فأبرأته منه أو من بعضه صح لذلك و لو لم تعلم كميته، لأنه إسقاط للحق، فلم يقدح فيه الجهاله التى لا دليل يعارض العمومات و غيرها على مانعيتها، نعم لو أبرأته من مهر المثل قبل الدخول بناء على وجوبه به لم يصح، لعدم الاستحقاق

حينئذ، فهو إبراء مما لم يجب، مع احتمال أن يقال:

إنه مع تحقق استحقاق أن تستحق بالعقد مثلا- يصح له إسقاط ذلك الاستحقاق لكنه ليس إبراء من مهر المثل، فتأمل، و الله العالم.

[تتمه إذا زوج ولده الصغير فان كان له مال فالمهر على الولد و إن كان فقيرا]

اشاره

تتمه:

إذا زوج ولده الصغير فان كان له مال فالمهر على الولد، و إن كان فقيرا أى لم يكن له مال فالمهر فى عهده الوالد و حينئذ ف لو مات الوالد أخرج المهر من أصل تركته لأنه من ديونه سواء بلغ الولد و أيسر أو مات قبل ذلك بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى النصوص، ففى

صحيح الفضل بن عبد الملك (۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب، قال: لا، قلت: على من الصداق؟

قال: على الأب إن كان ضمنه لهم، و إن لم يكن ضمنه فهو على الغلام إلا أن لا يكون للغلام مال، فهو ضامن له و إن لم يكن ضمن»

و موثق عبيد(۲)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير قال: إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أم لم يضمن»

و خبر على بن جعفر(۳)عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير فدخل الابن بامرأته على من المهر؟ على الأب؟ قال: المهر على الغلام، و إن لم يكن له شى ء فعلى الأب ضمن ذلك عن ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه و هو صغير»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور الحديث ۲.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور الحديث ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب المهور الحديث ۴.

و علی ذلک ینزل إطلاق

صحیح ابن مسلم (۱)عن أحدهما علیهما السلام «سألته عن رجل کان له ولد فزوج منهم اثنین و فرض الصداق ثم مات، من أین یجب الصداق من جمله المال أو من حصتهما؟ قال: من جمیع المال، إنما هو بمنزله الدین».

فلا حاجه حینئذ بعد ذلک إلی ما عن السرائر و التذکره- من الاستدلال علیه بأنه لما قبل النکاح لولده مع علمه بإعساره و بلزوم الصداق فعقد النکاح علمنا بالعرف و العاده أنه دخل علی أن یضمنه- الواضح منعه، بل یمکن دعوی أن المرأه مع علمها بالحال دخلت علی أن الصبر إلی الإیسار.

نعم فی القواعد «لو تبرأ الأب فی العقد من ضمان العهده صح إن علمت المرأه بالإعسار» و لعله لأن

المؤمنین عند شروطهم (۲)

و لدخول المرأه علی ذلک، و للاقتصار فی خلاف الأصل علی المتیقن، بل لو لم تعلم بالإعسار، فکذلک أیضا لما عرفت، و إن قیل: إن لها حینئذ خیار الفسخ، مع أن فیه ما فیه، کما أن ما فی کشف اللثام- من احتمال عدم اعتبار التبری حینئذ، لإمکان کون رضاها بذلک لظنها الإیسار و أن التبری قد کان مما لیس علیه ضمانه، و لو أنها علمت کون الضمان علیه لم ترض بالتبری منه- کذلک أیضا هذا.

و لکن فی المسالک الإشکال فی أصل صحه ذلک، لإطلاق النص و الفتوی بلا معارض، علی أن الصبی غیر محتاج إلی النکاح، فلاحظ له فی التزام المهر فی ذمته مع الإعسار عنه، و تزویج الولی له غیر متوقف علی وجود المصلحه، بل علی انتفاء المفسده، و لو قید ذلک بما إذا کان فی التزام الصبی بالمهر مصلحه- بأن کانت مناسبه له و خاف فوتها بدون ذلک و نحوه- قرب من الصواب إلا أن تخصیص النصوص الصحیحه بذلک لا یخلو من إشکال.

قلت: قد عرفت ما یقتضی تخصیصها لو سلم عمومها، لإمکان دعوی ظهورها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴.

فی صوره الإطلاق أو عدم ظهورها فیما یشمل هذه الصوره، فما عساه یقال-: إن بین أدله(۱)المقام

و «المؤمنون عند شروطهم»(۲)

تعارض العموم من وجه و ترجیح الأول علی الثانی لیس بأولی من العکس المعتضد بإطلاق الفتاوی- واضح الضعف، خصوصا بعد ما سمعت من عدم ظهور النصوص فی الفرض، و إنما هی ظاهره فی النکاح من حیث نفسه، و کذا الکلام فی صوره عدم المسمی لفساد أو لتفویض أو لنحو ذلک، فوجب مهر المثل بالدخول بعد البلوغ، فان ضمان الأب حینئذ له و إن بقی الولد علی إعساره لا یخلو من إشکال أو منع، بل قد یتوقف فی ضمانه بالفرض فی مفوضه البضع أیضا.

و لو کان الصبی مالکا لبعض المهر دون بعض ففی المسالک «لزمه منه بنسبه ما یملکه، و لزم الأب الباقی- ثم قال فیها أیضا-: إن إطلاق النصوص و الفتاوی یقتضی عدم الفرق فی مال الصبی بین کونه مما یصرف فی الدین علی تقدیره و غیره، فیشمل ما لو کان له دار سکنی و دابه رکوب و نحو ذلک، فیکون المهر حینئذ فی ذمته و إن کان لا یجب علیه الوفاء منها، بل تنتظره حتی یقدر علی الوفاء إن شاء جمعا بین الأصلین» قلت: إن کان المراد من النصوص بالمال للصبی الذی تتسلط المرأه علی استیفاء مهرها منه کان المتجه حینئذ عدم اعتبار المستثنیات المزبوره، و إن کان المراد صدق له مال و إن لم یکن کذلک لقلته أو لکونه مرهونا أو لغیر ذلک من الموانع التی تمتنع المرأه من استیفاء مهرها إلا أنه مع ذلک یصدق علیه أن عنده مال و شی ء اتجه حینئذ عدم التوزیع فی الفرع الأول، بل یکون تمام المهر علیه، و لعل ذلک هو الموافق لقاعده الاقتصار فیما خالف الأصل علی المتیقن، و لتعلیق ضمان الأب علی ما إذا لم یکن عنده شی ء فی خبر علی بن جعفر(۳)و مال فی غیره (۴)فتأمل جیدا.

و علی کل حال ففی کل موضع لا یضمن الأب المهر لو أداه تبرعا عن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور الحدیث ۱.

الصبی أو ضـمنه لا بقصـد الرجوع لم یکن له رجوع للأصل، کما لو أداه عن أجنبی أو أداه أجنبی، نعم لو أداه بقصده مع الغبطه أو عـدم المفسـده یتجه حینئـذ رجوعه، لعموم ما دل علی نفوذ تصـرف الأولیاء، و خصوصا الإجباری منه، و ما عن التذکره- من عـدم الرجوع بالأداء، و رجوعه بالضـمان مع قصـده الرجوع به فی موضع منها- غیر واضـح الوجه، ضـروره عدم الفرق بینهما فی ذلک کما عرفت.

و لا یخفی أن مورد النصوص الأب و فی التعدی إلی الجد و إن علا وجهان، من کونه أبا حقیقه، بل ولایته أقوی من ولایه الأب فی بعض المواضع، و من مخـالفه الحکم للأـصول، فینبغی الاقتصـار فیه علی المتیقن، خصوصـا و المنسـاق منه هنا الأب، بل فی المسالک منع کونه أبا حقیقه، و لذا یصح سلبه عنه، و مطلق الاستعمال أعم من الحقیقه، و إن کان فیه ما فیه.

و لاـ فرق فی ضـمان الأب المهر بین المؤجل منه و المعجل و إن زاد الأجل علی زمان البلوغ، بل و لا فی النکاح بین الفضولی و غیره مع

إجازه الأب له، نعم لو لم یجز الأب لعـدم علمه مثلا فأجاز الولـد بعد بلوغه أمکن عدم الوجوب علی الولی، للأصل و ظهور خبر علی بن جعفر(۱)فی خلافه.

و کـذا لا فرق فیه بین أن یکون دینا فی ذمه الوالـد أو عینا یبذلها للمهر بها عن ولده، بل صـریح بعضـهم المفروغیه من ذلک، و لعله للقطع بإلغـاء الخصوصـیه فی مضـمون النصوص، إلاـ أن الانصـاف عـدم خلوه من نوع تأمـل و إن کـان الأقوی ذلک، و الله العالم.

و کیف کان فلو دفع الأب المهر الـذی ضـمنه فی ذمته لإعسار الصبی و بلغ الصبی فطلق قبل الـدخول اسـتعاد الولـد النصف منه دون الوالـد، لأن الطلاق مملک جدیـد للنصف لا فاسـخ لسـبب الملک و لما قیل من أن ذلک من الوالد یجری مجری الهبه من الوالد إلی الامرأه، و علی کل حال فمع طلاقه یرجع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور الحدیث ۴.

اليه نصف المال الـذى دفع مهرا، بل هو كـذلك لو دفعه عن الصبى الموسـر تبرعا أو ضـمنه عنه كذلك، بل لا فرق بين الولد و الأجنبى فى ذلك فضلا عن الكبير كما لا فرق بين الولد و بين الأجنبى.

و منه يعلم الوجه فى قول المصنف:

[فرع لو أدى الوالد المهر عن ولده الكبير تبرعا ثم طلق الولد رجع الولد بنصف المهر]

فرع لـو أدى الوالـد المهر عن ولـده الكـبير تبرعـا ثم طلق الولـد رجع الولـد بنصف المهر، و لم يكن للوالـد انـتزاعه منه، لعين ما ذكرناه فى الصغير و لكن فى المتن و فى المسألتين تردد و كذا فى القواعد، لكن فى الدفع عن الكبير ولدا كان أو أجنبيا، بل فى محكى التحرير الحكم برجوع النصف للوالـد كما فى القواعـد، و لعل ذلك كله لأن دفع الوالـد إنما هو للوفاء عما فى ذمه الولد تحقيقـا أو تقـديرا، كمـا فى الصـبى المعسـر الـذى كـان ينبغى صـيروره العـوض فى ذمته مقابـل البضع الـذى ملكه على حسـب المعاوضـات، كما يومئ اليه التعبير فى النصوص (۱)بضـمان الوالد المشعر بكونه كالضمان عنه، فمع الطلاق الذى هو فسخ عقد النكاح يعود النصف إلى من دفعه وفاء، نحو الفسخ بالعيب فى البيع الذى دفع فيه الثمن عن ذمه المشترى تبرعا مثلا.

و من هنـا جزم فى القواعـد بأنه «لو طلق الولـد قبل أن يـدفع الأب عن الصبى المعسـر سـقط النصف عن ذمه الأب و الابن، و لم يكن للابن مطالبه الأب بشى ء» بل فى كشف اللثام «أنه ظاهر، لأنه بضـمانه تمام المهر للامرأه لا يثبت للابن عليه شـى ء، و إنما ينتقـل إليه المهر بـدفعه عنه إليهـا، كمـا أن المـديون لا يطالب الضامن عنه بشـى ء إذا أبرأه المضـمون له، نعم لو كان المهر عينا للأب ملكتها المرأه بالإصداق و إن لم تقبضها، فإذا طلقها رجع إليه لا إلى الأب نصفها».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور.

إلاـ أن الجميع كما ترى بعد ما عرفت من ظهور النص (۱)و الفتوى فى أن الطلاق مملك لا أنه فاسخ يعود به السبب الأول للملك، بل ظاهر المحكى عن الشيخ الإجماع عليه، و حينئذ لا فرق بين دفع الأب و عدم دفعه، بل و لا بينه و بين الضمان تبرعا، و لا بين كونه عينا أو دينا، ضروره عدم الفرق فى تسبيبه الملك لنصف العين أو الدين، فيطالب به الأب.

و لعله لذا اعترف فى المسالك بعدم ظهور الفرق بين الدفع و عدمه فى الصبى المعسر برجوع الولد بالنصف، لكن قال: إن ذلك يتم لو كان الأب متبرعا بالدفع عن الصغير، و فيه أنه لا فرق أيضا مع دفعه أو ضمانه كذلك، نعم لو لم يكن قد دفع و لا ضمن لم يكن له الرجوع بشى ء على الوالد، لأن ذمته المشغوله لا والده، و الفرض عدم دفع عنه.

و من الغريب ما سمعته من كشف اللثام من قياس ذلك على الضمان الذى لا يتم التشبيه فيه إلا بالضمان عنه باذنه فاتفق أن المضمون له قد أبرأ ذمه الضامن فإنه تبرأ ذمه المضمون عنه أيضا، لكونه دينا واحدا، و هو غير ما نحن فيه، نعم لو قلنا فى الصبى المعسر إن ذمته المشغوله و الأب ملتزم بالتأديه عنه اتجه حينئذ ما ذكره و لكنه خلاف ظاهر النصوص (۲)بل صريحها و صريح الفتاوى، بل ما فى النصوص من التعبير بالضمان يراد منه الالتزام نحو

قوله عليه السلام (۳): «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»

لا الضمان المصطلح، على أنه على تقديره فهو حينئذ ضمان شرعى قهرى لا ينافى تملك نصفه للولد بالطلاق.

و دعوى أن المراد بالايه «فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ»(۴)عود النصف للفارض، و هو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء و الباب- ۱۷- من أبواب المهور و الباب- ۲۴ و ۳۱ و ۳۴ و ۳۵- منها.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب المهور.
۳- ۳ راجع التعليقه فى ص ۹۱.
۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۷.

هنا الأب، أو أن المراد لها نصف ما فرضتم لهن، فيبقى النصف الأخر على حاله يدفعها ظهور النص و الفتوى فى إراده ما يشمل فرض الولى، و لهذا لم يكن عندهم إشكال معتد به فى تملك الولد النصف مع الدفع، و ظهورهما أيضا فى إراده تملك المطلق نصف المفروض الذى ملكته الامرأه بتمامه فى العقد كما هو واضح، و كأن تردد المصنف باعتبار اشتهار تعليل هذا الحكم بما ذكره من التنزيل منزله الهبه، و حينئذ فإذا دفع و طلق الولد كان له باعتبار لزوم هبه الرحم، و إن كان من الأجنبى كان هذا الدفع منه للزوجه بمنزله قبض الموهوب و تصرفه بالهبه، فليس له الرجوع، و يتعين للولد النصف بالطلاق، أما إذا لم يدفع فلا هبه، فإذا طلق لم يكن للولد الرجوع على الوالد، و فيه أنه لا رجوع له إلا مع الضمان التبرعى، و الطلاق مملك للولد

النصف، فيستحق حينئذ على الضامن إذا ملكت الامرأه عليه الكل بالضمان.

على أن دعوى الهبه فى السابق مع عدم قصدها، و عدم ولايه الدافع عن المدفوع عنه فى بعض أفرادها، و غير ذلك مما ينفى كونه هبه، و خصوصا مع ملاحظه النظائر التى يدفع فيها الدين تبرعا عن المديون و بدون إذنه، لعدم اعتبار المملوكيه فى المدفوع وفاء كى يحتاج إلى هذا التقدير مما لا ينبغى صدورها ممن له أدنى ممارسه فى الفقه، و لعله لذلك تردد المصنف، و استشكل غيره، و التحقيق ما عرفت.

و من ذلك كله تعرف النظر فى جمله من كلمات القوم التى أطنب فيها فى المسالك، كما أنك منه قد عرفت الوجه فى جميع أفراد المسأله، و الله العالم.

[الطرف الرابع فی التنازع]

اشاره

الطرف الرابع فی التنازع و فیه مسائل:

[المسأله الأولی إذا اختلفا فی أصل المهر فالقول قول الزوج مع یمینه]

اشاره

الأولی إذا اختلفا فی أصل استحقاق المهر و عدمه ف لا ریب فی أن القول قول الزوج مع یمینه بلا خلاف و لا إشکال إذا کان ذلک قبل الدخول للأصل بل الأصول السالمه عن المعارض، لاحتمال تجرد العقد عن المهر الذی قد عرفت عدم اعتباره فی صحته، بل قیل: مقتضی الأصل تجرده، و لذا کان الأصل التفویض لو وقع الاختلاف بینهما فی التسمیه و عدمها بلا خلاف و لا إشکال أیضا، نعم قد یظهر من بعض العامه التحالف، و مرجعه الی حکم التفویض أیضا، و علی کل حال فلا إشکال فی الحکم المزبور.

لکن الاشکال لو کان الاختلاف بینهما فی أصل استحقاق المهر و عدمه بعد الدخول ف المشهور کما فی کشف اللثام أن القول قوله أیضا نظرا إلی البراءه الأصلیه لاحتمال أن ذلک قد کان بانکاح أبیه و هو صغیر معسر، فیکون المهر علی أبیه، و إنکاح سیده لأنه رق سابقا فیکون المهر فی ذمه السید، بل فی الریاض الحکم بذلک قطعا مع ثبوت انتفاء التفویض باتفاقهما علیه أو البینه أو ما فی معناها، لجواز کون المسمی دینا فی ذمه الزوجه أو عینا فی یدها، فلا یکون العقد المشتمل علی التسمیه بمجرده مقتضیا لاشتغال ذمه الزوج بشی ء من المهر و ظاهرا، مع احتماله أیضا لأصاله البراءه المرجحه علی أصاله عدم التسمیه، مع أن فرض

التساوی لا یوجب الحکم باشتغال الذمه إلا مع رجحان الأصاله الأخیره، و لیس فلیس کل ذلک.

مضافا إلی ما فی کشف اللثام من الاستدلال علیه بالأخبار ک

قول الصادق علیه السلام فی خبر الحسن بن زیاد(۱): «إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال:

قد أعطیتک فعلیها البینه و علیه الیمین»

و فی

صحیح عبد الرحمن بن الحجاج (۲): «إذا أهدیت إلیه و دخلت بیته و طلبت بعد ذلک فلا شی ء لها، إنه کثیر لها أن یستحلف بالله ما لها قبله من صداقها قلیل و لا کثیر».

قلت: قد یقال: الظاهر أن مبنی هذه النصوص علی ما إذا کانت العاده الإقباض قبل الدخول، بل قیل إن الأمر کذلک کان قدیما، فیکون حینئذ ذلک من ترجیح الظاهر علی الأصل، و علی کل حال موضوعها غیر مفروض المسأله، ضروره کونه فی اختلافهما فی وصول المهر إلیها و عدمه، بخلاف ما نحن فیه الذی قد سمعت مفروضه استحقاق المهر و عدمه.

بل من ذلک یظهر لک وجه النظر فیما سمعته من الریاض علی التقدیرین لأن احتمال کون المهر دینا له فی ذمتها أو عینا لا ینافی دعواها الاستحقاق، و إنما ینافی جوابه دعواها بعدم الاستحقاق، ضروره کون ذلک علی فرضه أداء منه لما استحق علیه، فکان علیه إثباته و من هنا لم یذکر الأصحاب ذلک فی وجه براءته التی هی مقتضی الأصل، و إنما ذکروا احتمال کون المهر فی ذمه الوالد و السید، فإنه علیهما یکون إنکاره الاستحقاق علیه فی محله، و هو الموافق حینئذ للأصل.

و من هنا قال فی المسالک: «هذا التوجیه حسن حیث یکون الزوج محتملا لکونه بأحد الوصفین، فلو علم انتفاؤهما فی حقه- بأن کانت حریته معلومه و لم یتزوج المرأه المدعیه إلا و هو

بالغ أو مات أبوه قبل أن یتزوجها و نحو ذلک- لم یتمسک بالبراءه الأصلیه، للقطع باشتغال ذمته بعوض البضع، لانحصار أمره حینئذ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحدیث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور الحدیث ۸.

فی الأمرین علی سبیل منع الخلو، لأنه إن کان لم یسم مهرا فقد استقر علیه مهر المثل، و إن کان قد سمی استقر المسمی، و الأصل عدم دفعه إلیها، و اللازم من ذلک أن لا یلتفت إلی إنکاره، بل إما أن یحکم علیه بمهر المثل، أو ما تدعیه المرأه إن کان أقل، نظرا إلی أصاله عدم التسمیه الموجب لذلک، و إما أن یطالب بجواب آخر غیر أصل الإنکار، فإن ادعی تسمیته حکم علیه بالمسمی إلی أن یثبت براءه ذمته منها أو عدمها فیثبت علیه مقتضی التفویض» و هو صریح فی أن القول قولها حینئذ مع العلم بانتفاء الاحتمالین.

بل قد یقال بذلک مع عدم العلم أیضا، بدعوی أن الأصل ثبوت الاستحقاق بالدخول حتی یعلم عدمه، لاستفاضه النصوص (۱)بکون الدخول موجبا للمهر و الغسل و العده، و هو قاعده شرعیه قاطعه لأصاله البراءه، مضافا إلی أولویه البضع من المال بأصاله الاحترام و الضمان، و لعله إلی ذلک أومأ فی کشف اللثام حیث إنه بعد أن ذکر ما عرفت عن المشهور قال: «و یشکل بأن الأصل مع الدخول شغل ذمه الزوج خصوصا إذا علم انتفاء الأمرین» بل هو ظاهر المسالک فی أثناء کلام له، بل لعله إلیه

یرجع ما عن الإرشاد فی مفروض المسأله من وجوب مهر المثل بتقریب الأصل السابق و أصاله عدم التسمیه، فیثبت التفویض الموجب لمهر المثل، و لیس ذلک من الأصول المثبته، لأن التفویض قیده عدم (عدمی خ ل) یمکن إثباته بالأصل، فیترتب حکم التفویض، و لا حاجه إلی ما فی المسالک من أنه لا بد من تقییده بعدم زیادته علی ما تدعیه، لأن الزائد عنه منفی بإقرار المدعی، فلا یجب دفعه إلیه، و ذلک لأن مفروض المسأله الاقتصار فی اختلافهما علی أصل استحقاق المهر و عدمه، و ما ذکره من التقیید خروج عن مفروض المسأله المتجه فیه الضمان بمهر المثل الذی هو قیمه له کالمال، فلا وجه حینئذ للقول بأن ثبوت استحقاق المهر إنما یقتضی ثبوت أقل ما یتمول الصالح لأن یکون مهرا یتحقق به أصاله ثبوته بالدخول، ضروره أنک قد عرفت اقتضاء أصاله احترام البضع و ضمانه علی حسب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور.

المال ضـمانه بقيمته التى هى مهر المثل، حيث لا يثبت الأقل أو الأكثر بالتسميه بالعقد مثلا، و حينئذ فالزوج مدع إن ادعى الأقل، كما أنها مدعيه لو ادعت الأكثر.

و من ذلـك يعلم مـا فى قول المصـنف و لا إشـكال لو قـدر المهر بأرزه واحـده أى ربع حبه، و الحبه ثلث قيراط، و هو جزء من عشـرين جزء من دينار لأن الاحتمال متحقق و الزياده غير معلومه اللهم إلا أن يريـد عـدم الاشـكال باعتبار رفع الاختلاف بينهما، ضروره أعميه دعواها الاسـتحقاق من الأرزه و غيرها، فلا نزاع بينهما، لعـدم إنكاره دعواها، لا أن الأرزه فقط ثابته حتى لو زادت على دعواها اسـتحقاق المهر بإنكار التسـميه بذلك، فان القول حينئذ قولها بيمينها، للأصل و يثبت لها مهر المثل لما عرفت، و لو زادت مع ذلـك فى جوابه ببيـان دعوى اسـتحقاقها بـدعوى التسـميه بأزيـد من ذلـك كان ذلك من الاختلاف فى القـدر الـذى ستعرف الكلام فيه.

و من ذلـك كله ظهر لك ما عن التحرير من أنه «إذا وقع الاختلاف فى أصل المهر بعـد الـدخول يستفسـر هل سـمى أم لا؟ فان ذكر تسـميه كان القول قوله مع اليمين، و إن ذكر عـدمها لزمه مهر المثل، و إن لم يجب بشـى ء حبس حتى يبين» إذ من المعلوم أن الاسـتفسار إنما يجب مع إفاده الكلام فائـده بـدونه، و قد عرفت أن مجرد الاعتراف بالنكاح مع الدخول له حكم يترتب عليه، فلا يجب الاستفسار و إن كان جائزا، كما أن من المعلوم ان القول قولها فى عدم التسميه لا قوله، نعم هو كذلك لو اتفقا عليها و اختلفا فيها قله و كثره، كما تسـمع الكلام فيه، و حبسه إذ لم يبين تعجيل عقوبه لا سـبب لها، و ذلك لأن الدخول يقتضـى حكما فينبغى ترتيبه عليه حتى يتبين خلافه.

و لو عـدل الزوج قبـل الحكم عليه بمهر المثـل إلى دعوى لا تنافى الأولى بأن قال: كنا سـمينا قـدرا و لكن وصل إليها أو أبرأتنى منه أو نحو ذلك سمعت الدعوى و رتب عليها حكمها من قبوله فى القدر و قبول قولها فى عدم القبض و الإبراء، و هو

حسن إن تجبه بإنكار التسميه، و إلا كان لها أيضا مهر المثل بيمينها على نفى التسميه، كما هو واضح.

و لو اختلفا فى قدره بأن ادعت الامرأه تسميه الزائد و الرجل الناقص أو اختلفا فى وصفه بعد الاتفاق على جنسه أى نوعه على وجه ترتفع الجهاله القادحه فيه ثم ادعت المرأه زياده وصف آخر مثلا و أنكر هو ذلك ف لا ريب فى أن القول قوله أيضا كما هو المشهور بين الأصحاب، بل هو كالمجمع عليه، بل ربما حكاه عليه بعضهم، لأصاله البراءه من الزائد و من الوصف الذى هو بمنزله دعوى الاشتراط، و ل

صحيح أبى عبيده(۱)عن الباقر عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مأه دينار و ذكر الزوج أن صداقها خمسون دينارا و ليس لها بينه على ذلك، قال: القول قول الزوج مع يمينه».

و جعل بعضهم من الاختلاف فى الوصف الاختلاف فى التعجيل و التأجيل أو زياده الأجل، لمعارضه أصاله عدم التأجيل و زيادته بأصاله عدم الزياده فى المهر، فإن التأجيل نقص فى المهر و عدمه زياده فيه، و الأصل عدمها، و هكذا فى كل وصف يقتضى زياده المهر مضافا إلى أصاله عدم اشتغال الذمه الان مثلا فى الاختلاف فى الأجل، و فيه منع واضح و مخالفه للمعلوم فى غير المقام من عدم معارضه أصاله عدم ذكر الأجل أو زيادته بأصاله عدم الزياده باعتبار ورودها عليه.

و من الغريب ما فى المسالك من تفسير عباره المصنف بدعوى الامرأه استحقاقها عليه من جهه المهر مأه دينار سواء كان ذلك جميعه أو بعضه، ثم حكى عن مشهور الأصحاب تقديم قول الزوج و ذكر الصحيح المزبور إلى أن قال: «و لا فرق بين كون مدعاه مما يبذل مهرا عاده لأمثالها و عدمه عندنا، لعموم الأدله- ثم قال-: و مقتضى إطلاق الأصحاب و الروايه أنه لا يستفسر هنا بكون ذلك تسميه أم من مهر المثل، و للبحث فى ذلك مجال، لأنه لو كان بعد الدخول مع اتفاقهما على عدم التسميه فالواجب مهر المثل، فإذا كان الذى يعترف به أقل منه فدعواه فى قوه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب المهور الحديث ۱.

إيتاء الزائد، و التخلص منه بالإبراء و نحوه، و مثل ذلك لا يقبل قوله فيه، و كذا مع اتفاقهما على التسميه و اعترافه بأنها أكثر و لكن يدعى التخلص من الزائد، ضروره أن ذلك ليس من الاختلاف فى القدر المذكور فى النص و الفتوى بل لعلهما صريحان فى خلافه- ثم قال-: و الحق حمل النص و الفتوى على ما لو أطلق الدعوى أو ادعى تسميه هذا القدر و ادعت هى تسميه الأزيد- إلى أن قال-:

و مع ذلك ففيهما معا بحث، لأنه مع الإطلاق كما يحتمل كونه بطريق التسميه يحتمل كونه بطريق عوض البضع المحترم، و عوضه مطلقا مهر المثل، و إنما يتعين غيره بالتسميه، و الأصل عدمها، و هذا الأصل مقدم على أصل البراءه، لوجود الناقل عنها، و مع اختلافهما فى قدر التسميه يكون كل منهما منكرا لما يدعيه الأخر منهما، فلو قيل بالتحالف و وجوب مهر المثل كان حسنا، إلا أن إطلاق الروايه الصحيحه المتناول لمحل النزاع يؤنس بترجيح ما أطلقه الأصحاب على ما فيه من الحزازه، و من ثم قال العلامه فى القواعد: و ليس ببعيد من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل منهما، فان ادعى النقصان و ادعت الزياده تحالفا و ردا إليه، و لو ادعيا الزياده عليه المختلفه احتمل تقديم قوله لأنه أكثر من مهر المثل و مهر المثل، و لو ادعيا النقصان عنه احتمل تقديم قولها و مهر المثل، و على كل حال فلا خروج عما عليه الأصحاب و يتناوله إطلاق النص الصحيح و إن كان ما قربه العلامه فى محل القرب».

قلت: هذا منه أيضا كسابقه، ضروره عدم اندراج صوره الإطلاق فى النص و الفتوى و إن كان الحكم فيها ما ذكره بناء على عدم وجوب الاستفسار أو عدم التمكن منه على وجه يفيد، و إنما محل كلام الأصحاب الصوره الثانيه خاصه، و لا وجه للتحالف فيها بعد تصادم الدعويين منهما، و رجوع الحال إلى الاختلاف فى الدين من حيث كونه دينا زياده و نقصا، و لا ريب فى أن القول قول مدعى النقيصه بعد اتفاقهما على قدر متيقن، و الاختلاف إنما هو فى الزائد و القول قول منكره، لأصاله البراءه، و كلام العلامه بعد أن ذكر أنهما لو اختلفا فى قدره أو وصفه أو ادعى التسميه

فأنكرت قدم قوله و لو قدره بأرزه مع اليمين قال ما سمعته، و ظاهره الفتوى فى الأول، على أن التحالف لم يذكره إلا فيما إذا اختلفا بدعوى الزياده على مهر المثل منه و النقصان منهما، أما إذا كان دعوى أحدهما مهر المثل كان القول قوله، لاعتضاد أصاله عدم الزائد بظهور الحال فى ذلک، و هو غير ما ذكره من التحالف مطلقا.

هذا كله مضافا إلى ما فى كلام العلامه من النظر الواضح، إذ لا وجه لتقديم قوله مع دعواه التسميه و لو بالارزه و إنكارها ذلک، مع أن الأصل عدم التسميه، فالمتجه حينئذ فيه مهر المثل الذى هو قيمه البضع، كما أنه لا وجه للرجوع إلى مهر المثل فى دعواهما الزياده المختلفه مع اعتراف الزوج بتسميه الأزيد منه و فى دعواهما النقصان عنه مع اعتراف الزوجه بالأنقص منه، فالتحقيق حينئذ ما عرفت، بل لا فرق بين الاختلاف فى القدر و فى الوصف لكن على الوجه الذى عرفته.

أما لو كان اختلافهما فى دعوى كل منهما وصفا مستقلا تختلف القيمه باختلافه فالمتجه التحالف، نحو الدعوى فى اختلاف العين، فيفسخ الالتزام بالوصف خاصه مع فرض صحه العقد بدونه، و إلا فسد المهر و رجع إلى مهر المثل لانفساخ المسمى حينئذ بالتحالف.

و لو فرض اختلافهما فى وصف يفسد العقد بانتفائه كان القول قول مدعيه، لأصاله الصحه.

و من ذلک كله يعلم ما فى إطلاق المسالک من أنه لو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف فى الصفه كان وجها فيثبت مهر المثل إلا أن يزيد عما تدعيه المرأه و ينقص عما يدعيه الزوج، كما أنه يعلم أيضا ما فى دعوى إطلاق تقديم قول الزوج مع الاختلاف فى الوصف و إن كان نحو الاختلاف فى التأجيل و الحلول أو زياده الأجل و نقصانه، ضروره مخالفته للقواعد و للنظائر فى غير المقام من غير دليل خاص.

و كذا ما عن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و العلامه فى التحرير من تقديم قول الزوج فى الاختلاف فى جنس المهر كالاختلاف فى القدر، بل عن

ظاهر الخلاف الإجماع عليه، ضروره كون المتجه فيه التحالف، من غير فرق بين أن يختلفا قيمه أولا، لأن كلا منهما مدع منكر كما في نظائره، و أصاله براءته من غير العين التي يدعيها معارض بأصاله عدم استحقاقها غير العين التي تدعيها بالعقد.

اللهم إلا أن يريدوا الاختلاف في جنس لم يتعلق غرض بعينه، و إنما المراد منه القيمه، كما لو اختلفا في كون المهر مأه دينار أو مأه درهم بعد أن كان المتفق عليهما من النقد، فإنه يمكن أن يكون ذلك نحو الاختلاف في القدر باعتبار عدم تعلق الغرض بخصوص الدرهم أو الدينار، و إنما المراد المقدار، فيكون القول قول الزوج الذي هو مدعي النقيصه، و ربما يومئ إلى ذلك تمثيلهم له بذلك، لا ما إذا كان الاختلاف في أنه دار مثلا أو حيوان فإنه لا وجه لتقديم قول الزوج المنفي بالأصل، كالدعوى المقابله له، كما هو واضح، و الله العالم. هذا كله في الاختلاف في أصل المهر أو قدره أو جنسه أو وصفه.

أما لو اعترف أي الزوج بالمهر ثم ادعى تسليمه و لا بينه ف لا إشكال و لا خلاف معتدا به في أن القول قول المرأه مع يمينها، لأصاله عدم التسليم من غير فرق بين ما قبل الدخول و بعده، نعم قد سمعت سابقا جمله من النصوص (۱)و فيها الصحيح و غيره داله على أن القول قوله مع الدخول، و هي مطرحه أو منزله على ما إذا كانت عاده بتقديم المهر على وجه يكون الظاهر مع الزوج، فتخرج حينئذ هذه الأخبار دليلا على تقديم الظاهر على الأصل، بل ربما جمع بين المحكي عن صداق الخلاف أن بتقديم قولها الإجماع و الأخبار و عن نفقاته أن بتقديم قوله الإجماع و الأخبار بذلك أيضا فيحمل الثاني على جريان العاده بالتقديم، و الأول على خلافه إلا أنه مع ذلك لا يخلو من بحث أيضا. و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب المهور.

[تفريع لو دفع قدر مهرها فقالت دفعته هبه فقال بل صداقا فالقول قوله]

تفريع:

لو دفع قـدر مهرها مثلا من دون أن يقترن دفعه بما يقتضـى وفاء أو هبه من لفظ أو غيره ثم اختلفا بعـد ذلك فقالت المرأه دفعته هبه فقال: بل دفعته صداقا فالقول قوله، لأنه أبصر بنيته و الوفاء إنما يعتبر فيه نيه الدافع دون القابض، بل فى المسالك «أنه

كـذلك بغير يمين، لأنه لو اعترف لها بما تـدعيه لم تتحقق الهبه إلا بانضـمام لفظ يـدل عليها، فلا يفتقر إلى يمين» و فيه إمكان الاكتفاء فى الهبه بالفعل المنوى به ذلك و إن كان هو حينئـذ بحكم المعاطاه و حينئذ يتوجه لها اليمين عليه، كما يتوجه أيضا لو قرنه بلفظ قابل لكل منهما، بحيث لا يتشخص المراد به إلا بالقصد أيضا، ضروره كونه المنكر باعتبار استناده إلى أمر لا يعلم إلا من قبله.

و كـذلك لو ادعت عليه أنه تلفظ بما يـدل على الهبه و إن كان ليس نزاعا فى النيه، و لكن قوله أيضا موافق لأصل العـدم الـذى يكفى فى تحقق كونه منكرا.

و لو فرض اعترافه بصـدور مـا يظهر منه الهبه كـان القول قولهـا و إن ادعى هو أنه أراد خلاـف الظاهر بل لا يبعـد عـدم ضـمانها للمدفوع مع فرض تلفه حتى لو علم بعد ذلك منه إراده خلاف الظاهر، نعم يتجه له الرجوع حينئذ به لو كانت عينه باقيه، كما هو واضح.

[المسـأله الثـانيه إذا خلا الزوج بالزوجه فادعت المواقعه فإن أمكن الزوج إقامه البينه بأن ادعت هى أن المواقعه قبلا و كانت بكرا فلا كلام]

المسأله الثانيه إذا خلا الزوج بالزوجه خلوه خاليه عن موانع الوقاع فادعت المواقعه فإن أمكن الزوج إقامه البينه على فساد دعواها بـأن ادعت هى أن المواقعه قبلاـ و كـانت بكرا فلاـ كلاـم فى بطلان دعواها حينئـذ من غير يمين، لبعـد احتمال عودها و إن كان يسـمع منهـا لو ادعته، لكن مع إقامتهـا البينه بالمواقعه أو بالزوال سابقا، نعم قـد يناقش بأن الختانين يلتقيان من دون زوال البكاره كما فى كشف اللثام، هـذا و فى المسالك فى شـرح عباره المتن «إذا ادعت بعـد الخلوه التامه الخاليه من موانع الوقاع الـدخول و أنكر فـإن كـانت بكرا فلاـ إشـكال، لإمكـان الاطلاع على صـدق أحـدهما باطلاع التعاقب من النساء عليها، و ذلک جائز لمكان الحاجه، كنظر الشاهـد و الطبيب» و فيه مضافا إلى ما عرفت أن رؤياها ثيبا لا دلاله فيه على صدق دعواها، لاحتمال زوال بكارتها بغير وقاعه، كما أن كونها بكرا لا يوجب تمكينها من نفسـها للاطلاع على معرفه حالها، خصوصا مع حرمه النظر إلى العوره، و ما فيه من المشـقه، لمنافاته الحيـاء، فلهـا المطـالبه حينئـذ باليمين أو يكون القول قولها على اختلاف القولين، اللهم إلا أن يقال: إنه يظهر من بعض النصوص (۱)السـابقه فى العيوب أن للحـاكم تعرف نحو ذلک بنحو ذلک، فله الإلزام فى مقام قطع الخصومه، و تبين صحه الدعوى من فسادها.

و على كـل حـال ف الاـ يتمكن الزوج من إقـامه البينه على وجه المزبور كـان القول قوله مع يمينه، لأـن الأصل عـدم المواقعه و حينئذ ف هو منكر لما تدعيه المرأه عليه، فيكون القول قوله بيمينه، و قيل كما عن الشيخ فى النهايه و التهذيبين القول قول المرأه مع يمينها عملا بشاهد حال الصحيح فى خلوته بالحلائل (۱۱) فيكون قولها موافقا للظاهر، و هو المحكى عن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴ و ۱۵- من أبواب العيوب و التدليس.

ابن أبی عمیر و جماعه من القدماء، کما سمعته سابقا فی البحث عن استقرار المهر بالخلوه للنصوص (۱)السابقه الحاکمه باستقرار المهر بها التی یجب الجمع بینها و بین ما دل (۲)علی عدم استقراره إلا بالوقاع بالحکم شرعا بالوقاع معها، إلا أن یعلم عدمه مع عدم الدعوی منها، فضلا عما إذا ادعت ذلک کما فی الفرض، بل فی بعضها(۳)عدم سماع دعوی عدم الوقاع منهما معها و إن تصادقا علیه لاتهامهما بإراده عدم استقرار المهر و عدم العده علیها، و لعل ذلک أولی مما سمعته من ابن الجنید من العمل بهذه النصوص علی جهه قرار المهر بالخلوه و إن لم یکن معها وقاع، لما سمعته فیما تقدم.

و لکن مع ذلک الأول أشبه منه بأصول المذهب و قواعده و أشهر بین الطائفه، بل لعله إجماع بین المتأخرین منهم، لقصور النصوص المزبوره عن المعارضه باعتبار ضعف سند أکثرها و موافقه لفظها

المروی (۴)عن عمر «من أرخی سترا و أغلق بابا فقد وجب علیه المهر»

الذی قد أفتی به أبو حنیفه و کثیر من العامه، فیقوی الظن بخروجها مخرج التقیه،

فلا تصلح لإثبات ذلک، کما لا تصلح لما سمعته من ابن الجنید من استقرار المهر بالخلوه المجرده عن الوقاع، فیبقی الظهور المزبور بلا مستند شرعی صالح لقطع الأصول الموافقه لدعوی عدم الوقاع، و الظاهر إذا لم یکن علیه دلیل شرعی لا یعارض الأصل، کما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب المهور.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب المهور الحدیث ۶ و الباب- ۵۵- منها الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب المهور الحدیث ۱.

۴- ۴ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۵۵.

[المسأله الثالثه لو أصدقها تعليم سوره أو صناعه فقالت علمنى غيره فالقول قولها]

المسأله الثالثه لو أصدقها تعليم سوره أو صناعه فقالت: علمنى غيره فالقول قولها بلا خلاف و لا إشكال لأنها منكره لما يدعيه نحو إنكارها وصول المهر لو ادعى عليها تسليمه، و نحو إنكارها لو ادعى عليها تعليم السوره فقالت: علمنى غيرها، و حينئذ يلزم فى الفرض بأجره التعليم كما عرفته سابقا.

[المسأله الرابعه إذا أقامت المرأه بينه أنه تزوجها فى وقتين بعقدين فادعى الزوج تكرار العقد الواحد و زعمت المرأه أنهما عقدان فالقول قولها]

المسأله الرابعه إذا أقامت المرأه بينه أنه تزوجها فى وقتين بعقدين على مهرين متفقين أو مختلفين أو أقر الرجل بذلك فادعى الزوج تكرار العقد الواحد و زعمت المرأه أنهما عقدان فالقول قولها لأن الظاهر معها أى ظاهر الإتيان بالصيغ إراده ترتب آثارها عليها الذى هو مقتضى أصاله الصحه فيها، لكن فى المسالك «قدم قولها عملا بالحقيقه الشرعيه، لأن العقد حقيقه شرعيه فى السبب المبيح للبضع، و استعماله فى نفس الإيجاب و القبول المجردين عن الأثر مجاز بحسب الصوره، كتسميه الصوره المنقوشه على الجدار فرسا، و مثله ما لو قال لغيره: بعنى هذا العبد ثم ادعى أنه ملكه، فإنه لا يلتفت اليه، و يجعل استدعاؤه البيع إقرارا له بالملك، و لا يعتد بقوله: إنى طلبت منه صوره البيع- إلى إن قال-: و المراد بقول المصنف: لأن الظاهر معها أن الظاهر من إطلاق اللفظ حمله على حقيقته دون مجازه، و أراد بالظاهر معنى الأصل من حيث إن استعمال العقد فى غير حقيقته خلاف الظاهر فى الاستعمال و إن كان المجاز فى نفسه كثيرا شائعا» و فى كشف اللثام «قدم قولها من غير خلاف يظهر، لأن الأصل و الظاهر معها، فإن الأصل و الظاهر التأسيس و الحقيقه فى لفظ العقد و فى صيغته، و لا عقد فى المكرر حقيقه و لا فى الصيغه المكرره بمعنى

الإنشاء المعتبر فی العقود».

قلت: لا حقيقه شرعيه فی لفظ العقد قطعا، و علی تقديره فليس هو محط النزاع بينهما، ضروره كون الواقع بينهما مصداق العقد لا لفظه، و دعوی اعتبار ترتب الأثر فی أصل وضعه واضحه الفساد، ضروره تحقق معناه الحقيقی فی جميع صور الفساد التی لم يترتب الأثر فيها، و الإنشاء متحقق فيها و إن لم يكن صحيحا يترتب عليه الأثر، و لا ريب فی تحقق جميع ما يعتبر فی العقد من الإنشاء و غيره فی العقد المكرر، و لذا لو صادف فساد الأول أثر فيه، نعم مع فرض كون الأول صحيحا لا يؤثر لانتفاء شرط تأثيره نحو غيره من العقود الفاسده، فالصحه و الفساد شی ء و الحقيقه و المجاز شی ء آخر، كما هو واضح. نعم ما سمعته من التعليل الأول فی كشف اللثام متجه، و مرجعه إلی ما ذكرناه، إذ التأسيس هو الصحه بمعنی ترتب الأثر و علی كل حال مع اقتصارهما علی الدعوی المزبوره و لو لموت و نحوه ف هل يجب عليه المهران المسميان فيهما؟ قيل: نعم عملا بمقتضی العقدين المحكوم بصحتهما شرعا فيترتب علی كل منهما أثره كما هی القاعده فی كل سبب، و قيل كما عن الشيخ فی المبسوط و سديد الدين والد العلامه:

يلزمه مهر و نصف، لمعلوميه تحقق الفرقه و إلا لم يصح العقد الثانی، و الوطء غير معلوم، بل الأصل عدمه، فتستحق النصف منه، و ربما قيل بلزوم مهر واحد، لأصاله براءه الذمه بعد أن كان من أسباب الفرقه ما لا يوجب مهرا و لا نصفه كردتها و فسخه بعيبها قبل الدخول، و فسخها بعيبه غير العنن قبله أيضا، بل قد ينقدح من ذلک عدم لزوم مهر أصلا بعد فرض كون النزاع بعد الفراق منهما، إلا أن الجميع كما تری.

و لذا كان الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره عدم ما يصلح به الخروج عن مقتضی السبب الثابته سببيته و المستصحب مقتضاه، و أصاله عدم الدخول لا تصلح لإثبات التنصيف الذی ينفی مقتضيه بأصاله عدم حصوله، كأصاله

عدم العیب و نحوه، و مجرد احتمال کون الفرقه مما تقتضی عدم المهر أصلا أو نصفه لا یقطع أصاله بقاء الاستحقاق و الملک و نحوهما التی یکفی فی ثبوتها احتمال کون الفرقه بما یقتضی تمام المهر، و لا ریب فی تحقق الاحتمال فی الفرض، کما هو واضح.

نعم لو ادعی کون الفرقه فی الأول بالطلاق قبل الدخول علی وجه یسمع ذلک منه اتجه حینئذ لزوم مهر و نصف، بل لو ادعی الطلاق فی الثانی أیضا قبله لزم مهر واحد مجتمع منهما، بل ربما قیل إنه لو ادعی الفسخ بأحد الأسباب الموجبه لعدم المهر مع إمکانه فیجب المهر الثانی خاصه ما لم یدع الطلاق فیه أیضا قبله، فنصفه لا غیر، و فیه منع قبول دعواه الفسخ بالعیب، لأصاله عدمه، و ما عن الشهید فی الشرح- من القبول محتجا بأن تجویزه ینفی القطع بالزیاده علی المهر الثانی- کما تری، و لیس هو کدعوی الطلاق الذی هو فعله، و یرجع فیه إلیه، و أما الدخول فالأصل عدمه، کما أن الأصل استصحاب المهر کملا إلی أن یدعی المزیل، فلو سکت عن الدعوی ثبت المهران علی الأقوی، و هذا کما یقال: إن المستودع بعد ثبوت الإیداع مطالب بالودیعه و محبوس ما دام ساکتا، فان ادعی تلفا أو ردا صدق بیمینه و انقطعت المطالبه، و الله العالم.

[النظر الثالث فی القسم و النشوز و الشقاق]

اشاره

النظر الثالث فی القسم و النشوز و الشقاق

[القول فی القسم]

[أما القسم]

اشاره

و القول الان فی القسم، و الکلام فیه و فی لواحقه، أما الأول فنقول: هو بفتح القاف مصدر قسمت الشی ء أقسمه، و بالکسر: الحظ و النصیب، و یقال: هو التقدیر، و عرفا هو قسمه اللیالی بین الزوجات، و یمکن اعتباره من کل منهما.

و کیف کان ف لکل واحد من الزوجین حق یجب علی صاحبه القیام به و یستحب کتابا(۱)و سنه متواتره(۲)و إجماعا و إن کان حق الزوج علی الزوجه أعظم بمراتب، فإنه لا حق لها علیه مثل ما له علیها، بل و لا من کل مأه واحد، بل هو أعظم الناس حقا علیها(۳)

و قال رسول الله صلی الله علیه و آله (۴): «لا یصلح لبشر أن یسجد لبشر، و لو صلح لأمرت المرأه أن تسجد لزوجها من عظم حقه علیها، و الذی نفسی بیده لو کان من مفرق رأسه إلی قدمه قرحه تشرح بالقیح و الصدید ثم استقبلته تلمسه ما أدت حقه»

و قال أمیر المؤمنین علیه السلام (۵): «کتب الله الجهاد علی الرجال و النساء فجهاد الرجل بذل ماله و نفسه حتی یقتل فی سبیل الله، و جهاد المرأه أن تصبر علی ما تری من أذی زوجها و غیرته»

و جهادها أیضا حسن التبعل (۶)إلی غیر

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۸. و سوره النساء: ۴- الآیه ۱۹ و ۳۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۹ و ۸۱ و ۸۷ و ۸۸- من أبواب مقدمات النکاح.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

۴- ۴ کنز العمال- ج ۸ ص ۲۵۱- الرقم ۴۰۹۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴- من أبواب جهاد العدو الحدیث ۱.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٤- من أبواب جهاد العدو الحديث ٢.

ذلک مما ورد فیه (۱)، و لا ینافیه قوله تعالی (۲)«وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِی عَلَیْهِنَّ» بعد اراده التشبیه فی أصل الحقیقه لا فی الکیفیه، ضروره شده اختلافهما.

و من حقه علیها «أن تطیعه و لا تعصیه و لا تتصدق من بیته إلا باذنه و لا تصوم تطوعا إلا باذنه، و لا تمنعه نفسها، و لو کانت علی ظهر قتب، و لا تخرج من بیتها إلا باذنه»(۳)

و لو إلی أهلها و لو لعیاده والدها أو فی عزائه(۴)

و «أن تطیب بأطیب طیبها، و تلبس أحسن ثیابها، و تتزین بأحسن زینتها، و تعرض نفسها غدوه و عشیه»(۵)

بل «لیس للمرأه أمر مع زوجها فی عتق و لا صدقه و لا تدبیر و لا هبه و لا نذر فی مالها إلا بإذن زوجها إلا فی حج أو زکاه أو بر والدیها أو صله قرابتها»(۶)

بل «أیما امرأه قالت لزوجها: ما رأیت منک خیرا قط أو من وجهک خیرا فقد حبط عملها»(۷)

و «أیما امرأه باتت و زوجها علیها ساخط فی حق لم تتقبل منها صلاه حتی یرضی عنها، و لا یرفع لها عمل»(۸)

و «إن خرجت من غیر إذنه لعنتها ملائکه السماء و ملائکه الأرض و ملائکه الغضب و ملائکه الرحمه حتی ترجع إلی بیتها»(۹).

و من حقها علیه أن یشبعها و أن یکسوها و أن یغفر لها إذا جهلت (۱۰)

«و لا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۹ و ۸۱- من أبواب مقدمات النکاح.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹۱- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۷- من کتاب الوقوف و الصدقات الحدیث ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۸۰- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۷.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۸۰- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱ و ۲.

۹- ۹ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

يقبح لها وجها»(۱)

و «رحم الله عبدا أحسن فيما بينه و بين زوجته، فان الله تعالى قد ملكه ناصيتها،»(۲)

و قال رسول الله صلى الله عليه و آله (۳): «أوصانى جبرئيل بالمرأه حتى ظننت أنه لا ينبغى طلاقها إلا من فاحشه مبينه»

و «عيال الرجال أسراؤه، و أحب العباد إلى الله تعالى أحسنهم صنعا إلى أسرائه»(۴)

و «إنما المرأه لعبه من اتخذها فلا يضعها»(۵)

«أ يضرب أحدكم المرأه ثم يظل معانقها»(۶)

و «خيركم خيركم لنسائه، و أنا خيركم لنسائى»(۷)

إلى غير ذلك مما يدخل تحت قوله تعالى (۸)«وَ عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ».

ف حينئذ قد ظهر لك أنه كما يجب على الزوج النفقه من الكسوه و المأكل و المشرب و الإسكان على حسب ما ستعرف فكذا يجب على الزوجه التمكين من الاستمتاع مع عدم المانع عقلا أو شرعا و لو كانت على ظهر قتب و أن تتجنب (تجتنب خ ل) ما ينفر منه الزوج من الثوم و البصل و الأوساخ و القذارات و غير ذلك.

و أما القسمه بين الأزواج فهى حق على الزوج و له، لاشتراك ثمرته، و هو الاستئناس، و لأن الأخبار(۹)توجب استحقاقها، و حق الاستمتاع يوجب استحقاقه، فلكل منهما الخيار فى قبول إسقاط صاحبه له و عدمه و لا يتعين عليه القبول حرا كان أو عبدا و لو كان عنينا أو خصيا فإن القسمه للايناس و العدل و التحرز عن الإيذاء، و للمعاشره بالمعروف، فلم يفرق فيها بين الحر و العبد، و لا بين العنين و الفحل، و لا بين الخصى و غيره، لاشتراك الجميع فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحديث ۱ من كتاب النكاح.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۹.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸۶- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۸۶- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۱۱.

۸- ۸ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۹.

۹- ۹ الوسائل الباب- ۱ و ۵- من أبواب القسم و النشوز.

الفائده المطلوبه منه.

بـل و كـذا لو كـان مجنونا و إن كان يقسم عنه الولى بأن يطوف به عليهن أو يـدعوهن إليه أو بالتفريق، نعم إن لم يوثق به أو لا ينتفع به فى مثـل ذلـك فلاـ قسم فى حقه، و إن أمن و كـان قـد قسم لبعض نسائه ثم جن فعلى الولى أن يطوف به على الباقيات قضاء لحقوقهن، كما يقتضـى ما عليه من الـدين، و كذا إذا طلبن القسم بناء على اشتراك حق القسم بينهما، و إن قلنا باختصاصـه بـالزوج لم يجب على الـولى الإجـابه، و لو أردن التـأخير إلى أن يضـيق فيتم المؤانسه فلهن ذلـك، و إن لم يكن عليه شـى ء من القسم بأن كان معرضا عنهن أجمع أو جن بعد التسويه بينهن فان رأى منه الميل إلى النساء أو قال أهل الخبره: إن غشيانهن ينفعه فعلى الولى أن يطوف به عليهن، أو يدعوهن إلى منزله، فإن جار فى القسمه أثم.

و هـل على المجنون القضـاء بعـد الإفـاقه؟ المشـهور على مـا حكى نعم، و فى المسالـك «لو قيل بعـدم الوجوب كان وجها، لأن المجنون غير مكلف، و القضـاء تـابع للتكليف بالفعـل أو ثابت بأمر جديـد، و هو منتف هنا» و فيه أن قضاء ذلك من تأديه الحق الثـابت فى ذمه المجنـون بحكم خطـاب الوضع كالـدين و نحوه، ثم قـال: «و لو انتفى الميـل و المصـلحه لم يجب على الولى أن يقسـم بـه، و يظهر من العبـاره وجـوب القسم به مطلقـا، و هـو يتم على القـول بـاشتراك الحـق بين الزوجين و طلبن ذلـك، لكن المصنف لا يقول به، كما سيأتى، فعدم الوجوب هنا أجود».

هذا، و فى القواعد «و لو كان يجن و يفيق لم يجز له أن يختص واحده بنوبه الإفاقه إن كان نوبتها مضبوطا، بأن يجن يوما و يفيق يوما مثلا، بل يطرح أيام الجنون و ينزلها منزله أيام الغيبه، و يقسم أوقات الإفاقه، فلو أقام المجنون عند واحده لم يقض لغيرها إذ لاـ اعتـداد به، و يحتمـل القضـاء، و يحتمل أن يكون إليه القسـمه أوقات الإفاقه و إلى الولى القسـمه أوقات الجنون، فيكون لكل منهن نوبه من كل من الحالتين، و إن لم يكن نوبه الإفاقه مضـبوطا فأفاق فى نوبه واحـده قضـى للأخرى ما جرى لها فى الجنون، اى لم يعتد، لكونه عندها فى الجنون و إن كان بقسمه الولى،

لقصور حقهـا من الاستئنـاس حـال الجنون، و لو خـاف من أذى زوجته المجنونه سـقط حقهـا من القسـمه للضـروره و إلاـ وجب للعموم و انتفاء العذر»(۱)و استظهر بعضهم السقوط إذا لم يكن لها شعور تنتفع بالقسم و تستأنس به، إلى غير ذلك من كلماتهم المشـتمله على أحكـام كثيره التى لم نقف فيهـا على دليـل خـاص، و إنما ذكرها بعض العامه، بل ربما كان بعضـها منافيا للآخر، خصوصا مع عدم الدليل على الفرق بين الأدوارى حال جنونه و بين المطبق، كما أن المتجه بناء على وجوب القسمه عدم وجوب القبول على الولى لو أردن التأخير إلى زمان الإفاقه.

و أقصـى ما يقال: هو ما أشـرنا إليه من أن المستفاد من النص (۲)و الفتـوى أن القسم حق مشـترك بين الزوج و الزوجه، و أنه لا يسـقط بـالجنون من أحـدهما مع إمكـانه، و حينئـذ يختص نقص ذلـك بمن عرض فى ليلتها، نحو غيره من الأعـذار كالمرض و نحوه.

و أمـا انتقـال الحكم التكليفى إلى الولى فى الزوج و الزوجه- على وجه يجب عليه أن يطوف به و أن يـأتى بالزوجه على وجه لا نقصان فيما يمكن من الاسـتمتاع بها و غير ذلك من الأحكام التى سـمعتها- فلا دليل عليه، نعم لو كانت له مصـلحه فى الطواف به، كما لو فرض نفعه بـذلك أو منعه من الفساد به، أو نحو ذلك من المصالـح كان على الولى حينئذ مراعاتها، فتأمل جيدا، فإنه لم نجد دليلا واضحا سوى اعتبارات يشكل التمسك بها على أصولنا.

و كيف كان فالمشـهور على ما حكاه غير واحد وجوب القسـمه ابتداء، بمعنى وجوبها بالعقد و التمكين كالنفقه، للأمر بالمعاشره بالمعروف (۳)الـتى هى معظمهـا على أن الأـمر فيـه للتكرار قطعـا، و ليس فى كـل الأوقـات، فبقى أن يكـون بحسب مـا تقتضـيه القسمه، إذ لا قائل بثالث،

و التأسى بالنبى صلى الله عليه و آله «فإنه كان يقسم

۱- ۱ ليس هذه من عباره القواعد، و انما هى من كشف اللثام ملفقه بعباره القواعد.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و ۵- من أبواب القسم و النشوز.

۳- ۳ سوره النساء ۴:- الآيه ۱۹.

بینهن»(۱)

دائما حتی

«کان یطاف به فی مرضه محمولا»(۲)

و کان یقول «اللهم هذا قسمی فیما أملک و أنت أعلم بما لا أملک»(۳)

یعنی من جهه المیل القلبی، و إطلاق

قول الصادق علیه السلام فی خبر البصری (۴)«فی الرجل تکون عنده المرأه فیتزوج أخری کم یجعل للتی یدخل بها؟ قال: ثلاثه أیام، ثم یقسم»

کإطلاق المستفیضه الآمره بالقسم للحره ثلثی ما للأمه(۵)و ما یشعر به

خبر علی بن جعفر(۶)عن أخیه موسی علیه السلام «سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما: لیلتی و یومی لک یوما أو شهرا أو ما کان أ یجوز ذلک؟ قال: إذا طابت نفسها و اشتری ذلک منها لا بأس به»

من کون ذلک حقا لها علی وجه لها بیعه، و کذا غیره ک

خبر الحسن ابن زیاد(۷)و غیره قال: «سألته عن الرجل یکون له المرأتان و إحداهما أحب إلیه من الأخری إله أن یفضلها بشی ء؟ قال: نعم له أن یأتیها ثلاث لیال و الأخری لیله، لأن له أن یتزوج أربع نسوه، فثلاثه یجعلها حیث شاء، قلت: فتکون عنده المرأه فیتزوج جاریه بکرا، قال: فلیفضلها حین یدخل بها ثلاث لیال، و للرجل أن یفضل نساءه بعضهن علی بعض ما لم یکن أربعا»

و صحیح ابن مسلم (۸)«سألته

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۹۸.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۲.
۳- ۳ سنن البیهقی ج ۷ ص ۲۹۸.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۴.
۵- ۵ هکذا فی النسخه الأصلیه و الصحیح « مثلی ما للأمه» کما هو مستفاد من الروایات المرویه فی الوسائل فی الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۶- من أبواب القسم و النشوز الحدیث
۷- ۷ ذکر صدره و ذیله فی الوسائل الباب- ۱- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۲ و وسطه فی الباب- ۲- منها الحدیث ۷ عن

الحسين بن زياد، الا أن الموجود فى التهذيب ج ۷ ص ۴۱۹ و الاستبصار ج ۳ ص ۲۴۲ الحسن بن زياد و فى الجميع « فليلتيه يجعلهما حيث شاء».

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۳.

عن الرجل یکون عنده امرأتان إحداهما أحب إلیه من الأخری، قال: له أن یأتیها ثلاث لیال و الأخری لیله، فإن شاء أن یتزوج أربع نسوه کان لکل امرأه لیله، فلذلک کان له أن یفضل بعضهن علی بعض ما لم یکن أربعا»

إلی غیر ذلک من النصوص الداله علی أن لکل زوجه لیله من أربع لیال (۱)الشامل لصورتی الاتحاد و التعدد المؤیده بآیه النشوز(۲)المشعره باشتراط الهجر فی المضاجع به دون ما لم یکن نشوزا، فإنه لا سبیل له إلی ذلک.

و لکن مع ذلک کله قیل و القائل الشیخ فیما حکی من مبسوطه لا تجب القسمه حتی یبتدئ بها، و هو أشبه فلا یجب حینئذ للواحده مطلقا التی لا موضوع للقسمه فیها، بل و لا للمتعددات إلا مع المبیت لیله عند إحداهما فیجب حینئذ ذلک لهن حتی یتم الدور، ثم لا یجب علیه شی ء، فله الإعراض حینئذ عن القسم عنهن أجمع، للأصل و ظهور قوله تعالی (۳)«فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَواحِدَهً أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُکُمْ» فی أن الواحده کملک الیمین لا حق لها أصلا و یتم دلالته علی عدم وجوب القسم مطلقا بالإجماع المرکب، کما فی المسالک من أن کل من قال بعدمه للواحده قال بعدمه للأزید إلا مع الابتداء بواحده، و ما

روی (۴)عن النبی صلی الله علیه و آله «أنه غضب علی بعض نسائه فاعتزلهن أجمع شهرا»

، و لو کان القسم واجبا اختصت الناشزه بالحرمان، و لا دلیل علی أن ذلک من خصوصیاته، بل الأصل الاشتراک، علی أن حق الاستمتاع لیس للزوجات، و من ثم لم یجب علی الزوج بذله إذا طلبته إلا الجماع، فإنه یجب فی کل أربعه أشهر مره.

کل ذلک مضافا إلی استفاضه النصوص أو تواترها فی حصر حق الزوجه علی الزوج فی غیر ذلک، ففی

خبر إسحاق بن عمار(۵)قلت لأبی عبد الله علیه السلام: «ما حق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب القسم و النشوز.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۴.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۳.

۴- ۴ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۸.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحدیث ۵ من کتاب النکاح.

المرأه علی زوجها الذی إذا فعله کان محسنا؟ قال: یشبعها و یکسوها، و إن جهلت غفر لها»

و فی خبر شهاب بن عبد ربه (۱)قلت لأبی عبد الله علیه السلام: «ما حق المرأه علی زوجها؟ قال: یسد جوعتها، و یستر عورتها، و لا یقبح لها وجها، فإذا فعل ذلک فقد و الله أدی إلیها حقها».

و فی خبر العرزمی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «جاءت امرأه إلی النبی صلی الله علیه و آله فسألته عن حق الزوج علی المرأه فخبرها، ثم قالت: فما حقها علیه؟ قال: یکسوها من العری و یطعمها من الجوع، و إن أذنبت غفر لها، فقالت: فلیس علیه شی ء غیر هذا؟ قال: لا، قالت: لا و الله لا تزوجت أبدا ثم ولت»

الحدیث، و فی

خبر یونس بن عمار(۳)قال: «زوجنی أبو عبد الله علیه السلام جاریه کانت لإسماعیل ابنه، فقال: أحسن إلیها، فقلت: و ما الإحسان إلیها؟ قال:

أشبع بطنها، و اکس جنبها، و اغفر ذنبها»

إلی غیر ذلک من النصوص الداله علی هذا المعنی.

و دعوی تخصیص هذه النصوص بما سمعته من أدله القسمه واضحه المنع، ضروره قصورها عن ذلک،

بل عدم دلاله کثیر منها علی المدعی، فان الأمر بالمعاشره بالمعروف لا یقتضی وجوب المبیت- و لو کانت واحده- فی کل أربع لیال لیله واحده، و إن سلم کونه من المعروف لکن من المعلوم عدم وجوب کل معروف معها، و إنما المسلم وجوبه ما أدی ترکه إلی الظلم و الجور علیها و نحو ذلک، کما هو واضح.

و التأسی بالنبی صلی الله علیه و آله- بعد معلومیه عدم وجوب القسم علیه، و لذا أذن له بایواء من یشاء منهن و اعتزال من شاء - لا محل له.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۴- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحدیث ۸ من کتاب النکاح.

و خبر البصرى إنما يراد منه بيان عدم استحقاق الجديده أكثر من ثلاث ليال يختص بها و أما غيرها فليس لها إلا على جهه القسمه، لا أن المراد بيان وجوبها ابتداء، كما هو واضح لمن تأمله.

و المراد من أخبار الحره و الأمه بيان كيفيه العدل حيث يريد القسمه.

و خبر على بن جعفر فى الامرأه التى لها ضره و استحقت عليه ليله يبيت ليله عند ضرتها.

و خبر الحسن بن زياد و غيره إنما يراد منه بيان تفضيل بعض النساء على بعض، لا أن المراد به وجوب القسمه بينهن ابتداء على وجه يحرم عليه اعتزالهن أجمع و الإعراض عن مضاجعتهن و الاشتغال بعبادته أو مطالعته أو غير ذلك من أغراضه.

على أن جميع هذه النصوص جاريه مجرى الغالب فى حال الزوج أنه يبيت عند زوجته، فمع فرض تعددها كان عليه ملاحظه العدل فى القسمه و التفضيل على الوجه المذكور فى النصوص، و ليس المراد وجوبها ابتداء، و لا وجوب مبيت ليله من الأربع لو كانت واحده، بل ينبغى الجزم بعدم الأخير كما جزم به فى الرياض، لعدم دلاله شى ء من تلك الأدله عليه، سوى دعوى ظهور خبر الحسن بن زياد و ما شابهه فى أن لكل امرأه ليله من أربع ليال الممنوعه على مدعيها على وجه يفيد ذلك بحيث يعارض الأصل، و نصوص حصر حق الزوجه فى غير ذلك.

و من هنا كان صريح ابن حمزه و ظاهر المحكى عن المقنعه و النهايه و الغنيه و المهذب و الجامع وجوب القسم مع التعدد دون الواحده، و اختاره بعض المتأخرين و متأخريهم، و لا ينافى ذلك ما سمعته من دعوى الإجماع المركب المردوده على مدعيها بذلك الذى منه و غيره يظهر ما فى دعوى الشهره على القول الأول أيضا.

و قد تحصل من ذلك أن الأقوال فى المسأله ثلاثه، و لكن القول بوجوب القسمه ابتداء و لو فى المتعددات التى هى محل اجتماع القولين- مع ما عرفته فيه

من عدم الدليل الواضح فضلا عن أن يكون بحيث يعارض ما سمعت- يستلزم أحكاما عديده يصعب التزامها، بل لعلها مخالفه للمعلوم من سيره أهل الشرع و طريقتهم، كعدم جواز الاشتغال فى العبادات و الاستئجار فى الليل لبعض الأعمال و غير ذلك إلا برضا صاحبه الليله.

و لا يقال: إن مثله أيضا لازم على القول بوجوب القسمه بعد الشروع، لأن له طريقا إلى التخلص بإتمام الدور، على أنك قد عرفت أن مبنى ذلك عدم حق للزوجه، و إنما هو من جهه مراعاه العدل فى القسمه الذى يمكن دعوى عدم منافاته إذا كان ذلك لعذر شرعى أو عرفى أو غرض من أغراض العقلاء و نحوها، فإن الذى ينافيه ترجيح بعض الزوجات على بعض فيما ليس له الترجيح فيه من دون عروض إقبال، بل لو قلنا بكونه حقا للزوجه بدليل صحه شرائه منها و هبته لشريكتها و سقوطه بإسقاطها و نحو ذلك إلا أنه مقدر بملاحظه صدق عدم خروجه عن العدل إلى صدق الجور و الظلم.

و القول فى حقوق الزوجات المتحقق بما عرفت بخلاف القول بكونه حقا لها ابتدائيا متعلقا بعين الزوج على نحو تعلق حقه بها، فان ذلك يقضى بالتزام أحكام كثيره يصعب قيام الدليل عليها، بل ربما كان بعضها مخالفا للمعلوم من السيره، بل و للمقطوع به من الشرع، كما لا يخفى على من أعطى النظر حقه فى جميع لوازم هذا القول، و خصوصا مع ملاحظه كونه حقا لها على وجه يكون الأصل فيه القضاء مع الفوات و لو لعذر إلا ما خرج لدليل يقتضى سقوطه، بل هو مناف للنصوص (۱)السابقه التى كادت تكون متواتره فى حصر حق الزوجه على الزوج فى غيره، بخلافه على ما ذكرناه، فإنه ليس حقا لها من حيث كونها زوجه، و لذلك لا يجب لها مع الاتحاد، بل و لا مع التعدد مع عدم القسمه، و إنما يجب عليه العدل فى

القسمه، و عدم الجور فيها إن أرادها، و لم يكن حقا لها، أو كان و لكن كان من حيث عدم العدل فى القسمه، فلا ينافى تلك النصوص المراد بها حصر حقوق الزوجه من حيث الزوجيه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحديث ۳ و ۵ و ۷.

فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع، و الله العالم.

و على كل حال ف قد بان لك أن مقتضى القول الأول أن من كان له زوجه واحده ف ان لها ليله واحده من أربع، و له ثلاث يضعها حيث يشاء و لو عند مملوكاته و للاثنتين ليلتان و له ليلتان يضعهما حيث يشاء و للثلاث ثلاث، و الفاضل و هو ليله واحده له يضعها حيث يشاء و و أما لو كان له أربع فلكل واحده ليله، بحيث لا يحل له الإخلال بالمبيت فى إحداهن إلا مع العذر (۱۱) العقلى أو الشرعى المرجح على أداء حقها المسقطين لأدائه أوله و لقضائه أو السفر (۱۲) منه أو منها على الوجه الذى ستعرف الحال فيه أو إذنهن أو إذن بعضهن فيما يختص به الأذنه (۱۳) إذ لا سلطان لها على غير حقها، كما أنه بان لك جميع ما يتفرع على الأقوال الثلاثه بحيث لا يحتاج إلى الإيضاح و الإطناب.

و كيف كان فلا خلاف فى عدم جواز جعل القسمه- سواء قلنا بوجوبها ابتداء أو بالشروع- أنقص من ليله، لكونها خلاف المأثور، بل خلاف ما دل على استحقاقها ليله(۱)و لو عند القسمه، و لتعسر ضبط أجزاء الليل، و لما فى قسمته من

تنغص العيش، كما لا خلاف فى جوازها ليله ليله.

و (۱۴) إنما الكلام فى أنه هل يجوز أن يجعل القسمه أزيد من ليله لكل واحده؟ قيل (۱۵) و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه و جماعه نعم (۱۶) يجوز للأصل و إطلاق الأمر بالقسمه(۲)مع عدم العول و الجوز فيها، و لا شى ء منهما فى المفروض، بل ربما كان ذلك أصلح لهن و أتم لمطلوبهن، بل و للزوج خصوصا مع تباعد أمكنتهن على وجه يشق عليه ليله ليله.

و الوجه (۱۷) عند المصنف و جماعه اشتراط (۱۸) جوازه ب رضاهن (۱۹) فلا يجوز مع عدمه، ل

خبر سماعه(۳)«سألته عن رجل كانت له امرأه فيتزوج

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ و ۵ و ۹- من أبواب القسم و النشوز.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۸.

علیها هل یحل له أن یفضل واحده علی الأخری؟ قال: یفضل المحدثه حدثان عرسها ثلاثه أیام إذا کانت بکرا، ثم یسوی بینهما بطیبه نفس إحداهما للأخری»

بناء علی أن المراد به التسویه التی یتراضیان بها، فلو جعل لکل واحده منهن لیلتین متوالیتین و لم تطب نفس إحداهما إلا بلیله لیله لم تفعل ذلک، و لأنه الثابت عن

النبی صلی الله علیه و آله (۱)الذی یجب التأسی به، و لظهور النصوص (۲)فی استحقاق کل زوجه لیله من أربع، و لأنه ربما أدی ذلک إلی الضرر فی صاحبه النوبه، لإمکان عروض عارض له عن إتمام ما تساوی به ضرتها.

و فی الجمیع نظر، فان خبر سماعه لو سلم إمکان إراده ذلک منه لا یصلح لذلک بعد عدم ظهوره، و کونه من المأول، و یمکن إراده استحباب التسویه بینهما برضاهما فیما فضل عنده من اللیالی و غیر ذلک.

و التأسی بالنبی صلی الله علیه و آله مع عدم وجوب أصل القسمه علیه المقتضی لعدم وجوب کیفیتها علیه أیضا لا محل له.

و النصوص مساقه لبیان مقدار الاستحقاق الذی هو أربع من لیالیه علی وجه لو أراد التفضیل بما زاد عنده من الأربع کان له، لا أن المراد منها بیان الاستحقاق المنافی لذلک، کما لا یخفی علی من تأملها، بل یمکن دعوی کون المراد منها بیان أقل أفراد القسمه، و احتمال وجوب وفائها حقها مع المطالبه به یدفعه منع ثبوت الحق لها مع فرض کون القسمه علی ذلک.

و عروض العارض کما هو محتمل فی القسمه لیله لیله محتمل فی القسمه بأزید، و أما الضرر فیمکن التخلص منه بتقیید الجواز بما لا ضرر فیه، و بما لا یعد فیه هجرا و عشره بغیر المعروف، و بما لا یتعارف فی کیفیته قسمه مثل ذلک و المهایاه فیه، و لعل العلامه و غیره ممن أطلق الجواز یرید ذلک أیضا.

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۰۰ و ۳۰۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱ و ۵ و ۹- من أبواب القسم و النشوز.

فالأقوى حينئذ خصوصا على المختار الجواز مطلقا لكن على الوجه المزبور، و كأنه أولى مما عن الشيخ من تحديده بالثلاث، كما هو عند جمهور العامه، و ما عن الإسكافى من التحديد بالسبع الذى يمكن أن يكون الوجه فيه تحديد العشره بالمعروف، و عدم الهجر بذلك عرفا أو أن ذلك أقصى المأثور و لو فى التى تزوجها جديدا، و لا ريب فى أولويه ما ذكرناه من ذلك، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو تزوج أربعا دفعه مثلا رتبهن بالقرعه مع التشاح، سواء قلنا بوجوب القسمه ابتداء أو بالشروع تخلصا من ترجيح بلا مرجح، و من العول فيها، و من لحوق شبهه الميل إلى من يبتدئ بها، ف

فى الخبر(۱)عن النبى صلى الله عليه و آله «من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامه و شقه مائل»

و فحوى القرعه من النبى صلى الله عليه و آله بين نسائه إذا أراد سفرا فيصحب من أخرجتها القرعه(۲)و لأنها على الأول من قبيل المهاياه فيه المعلوم تعيين الأول فيها بالقرعه، بل هى كقسمه الأشياء المشتركه، ضروره تعلق الحق بالعقد، بل و على الثانى الذى هو و إن لم يكن كذلك و لكنه من باب العدل فى القسمه المتوقف على القرعه فى المبتدأ بها.

و قيل: يبدأ بمن شاء منهن حتى يأتى عليهن ثم يجب التسويه على الترتيب و عند المصنف بل قيل و الأكثر هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأن ولايه القسمه بيده، إذ هو المخاطب بها، و إنما يحرم عليه العول و الجور فيها، و لازم ذلك التخيير فى الترتيب، و وجوب التسويه بعد تمامه على نحوه، لتحقق القسمه حينئذ، و تعيين كل ليله لصاحبتها.

نعم قد يقال- بناء على مختار المصنف- بعدم الالتزام بها فى الدور الثانى الذى هو فى الحقيقه قسمه جديده، و خصوصا مع الإعراض عنهن مده بعد تمام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب القسم و النشوز و المستدرك الباب- ۱۲- منها الحديث ۱ و سنن البيهقى ج ۷ ص ۲۹۷ مع الاختلاف فى الجميع.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۲.

الـدور، بل فی القواعـد بناء أصل المسأله- أی القسم بالقرعه أو الاختیار- علی الوجوب ابتـداء و عدمه، و لعله لاجتماع حقوقهن علیه علی الأول بخلافه علی الثانی، فإنه لا حق لأحـد منهن علیه، فحینئذ له الابتداء بمن شاء منهن، نعم یتجه القرعه فی الثانی مع تعددهن لثبوت الحق لهن بالمبیت عند إحداهن.

لکن فی محکی المبسوط بعـد التصریح بـالوجوب بالشـروع قـال: «فأما إن أراد أن یبتـدئ بواحـده منهن فیجب علیه القسم، لأنه لیس واحـده منهن أولی بالتقـدیم من الأخری، فعلیه أن یقسم بینهن بالقرعه، فمن خرجت بالقرعه قدمها، هذا هو الأحوط، و قال قوم: قـدم من شـاء منهن، و کـان وجهه مـا أشـرنا إلیه من أنه و إن کـان لا حق لهن إلا أنه مخاطب بقسـمه العـدل بینهن إن أراد القسـمه، و لا تتحقق إلا بمعاملتها قسـمه الحق بین مسـتحقیه، و لا ریب فی الاحتیاج فی ترجیـح الأول من المسـتحقین لمثل هـذا الحق الـذی لا یمکن استیفاؤه إلا بالترتیب إلی مرجـح، و لیس إلا القرعه، و الأمر بالقسـمه للزوج منصـرف إلی الکیفیه المتعارفه فی قسـمه أمثال ذلک، و حینئذ فالمتجه وجوب القرعه علی القولین، لکن ذکروا فی کیفیتها أنه إذا کانتا اثنتین کفت القرعه مره واحـده، لأـن الثانیه تعینت و إن کن ثلاثا احتیـج إلی قرعتین الأولی لتعیین الأولی منهن و الثانیه لتعیین إحـدی الباقیتین و إن کن أربعا احتیج إلی القرعه ثلاث مرات، کما هو واضح».

قلت: یمکن الاکتفاء بالقرعه الواحـده من أول بأن یکتب لیله کل واحـده منهن فی ورقه ثم یقرع فتکون لیله کل واحده منهن ما فی ورقتها، و ظاهرهم عدم الحاجه فی القرعه للواحده، و إن قلنا بوجوب القسم ابتداء لتعیین لیلتها من الأربع مع فرض التشاح مع الزوج، و لعله لوجوب تعیین الأـولی منهن لهـا فی الفرض، لکونهـا ذات حق تطـالب من هو متمکن منه، و دعوی أنه واحـده من الأـربع لاـ الأـولی منهن فـان له أن یـتزوج فی تلـک اللیله من یزاحمهـا فیهـا یـدفعها وضـوح الفرق بین وجود المزاحم و عـدمه، کـدعوی أنه هو المزاحم، لأن الزائـد له، ضـروره عـدم کون المراد من کون الفاضل له أنه حق له، فإنه لا یتصور استحقاقه علی نفسه، بل المراد منه عدم استحقاق أحد علیه، فلا یتصور

كونه مزاحما لمن له حق عليه.

هـذا، و قـد يظهر مـن المتن و محكى التلخيص اختصـاص هـذا البحث بمن تزوج دفعه دون من كـان تزويجه مرتبـا، و لعله لأن الترتيب فى النكاح يقتضـى الترتيب فى الاستحقاق، لكن فى المسالك «أن ذلك من المصـنف على جهه المثال لا الحصـر، لأن الخلاف يجرى و إن تزوجهن على الترتيب، أما على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسـمه فظاهر إذ لو كان معرضا عمن تزوجهن أولا ثم تزوج غيرهن و أراد القسـمه جاء فى البدأه الخلاف، و كذا لو قسم لاثنين و أكمل الدور لنفسه ثم تزوج ثالثه، و أما على القول بوجوب القسم مطلقـا فيـأتى الخلاـف فيمن تزوج بهـا على رأس كل دور، بأن بات عنـد ثلاث ليال و تزوج رابعه، أو عند اثنتين ليلتين و تزوج ثالثه أو اثنتين».

قلت: قـد يقـال: إنه مع القسم للمتقـدمات يتعين حقهن فيما قسـمه لهن، كما أنه يتعين حق المتجـدده فيما له من الليالى، ضـروره اقتضـاء القسم السـابق تعين الحق فى الأـولى من الـدور مثلاـ نعم لو تزتبن فى النكاح و لم يكن قسم لنشوز أو غيره تأتى البحث حينئذ فى كيفيه البدأه به، و السبق فى النكاح من حيث كونه كذلك لا يقتضـى تعين ليله مخصوصه من الأربع، بل هو و النكاح المتـأخر سواء فى كيفيه اقتضـاء اسـتحقاق ليله من أربع، كمـا هو واضـح. و ليس له نقض القسم بـدون رضا صاحبه الحق، إذ هو ليس فى خصوص ليله خاصه من الدور، بل متى وقع كان مقتضيا لتعلق الحق فى كل أولى أو ثانيه مثلا من الدور، بل قد يتوقف فى مشـروعيته مع التراضـى بالقسم فى دور خاص و إن يقوى جوازه، لانحصار الحق فيهما، أما مع عدم التصـريح بذلك فالظاهر تعلقه بكلى الثانيه مثلا من الدور لا الخاصه منها، فلا يجوز نقضه حينئذ من دون تراض.

نعم بناء على عـدم وجوب القسم ابتـداء قـد يقال: إن له فى كل دور تجديـد القرعه، خصوصا مع الاعراض عنهن مده طويله بعد تمام الدور الأول، و إلى ذلك

ج ۳۱، ص: ۱۶۱

أشار فی المسالک بقوله: «إذا أقرع بینهن و تمت النوبه فلا حاجه إلی إعاده القرعه، بل یراعی ما اقتضته من الترتیب الأول وجوبا أو استحبابا هذا إذا أوجبنا القسمه مطلقا أو أراد العود إلیها علی الاتصال، أما لو أعرض عنهن مده طویله ففی وجوب البناء علی الترتیب السابق نظر، لأن القسمه الحاضره حق جدید لا تعلق له بالسابق، بل یحتمل سقوط اعتباره و إن عاد علی الاتصال حیث لا نوجبها مطلقا، لأن کل دور علی هذا التقدیر له حکم برأسه».

قلت: یمکن دعوی ظهور النص و الفتوی فی اتحاد القسم، سواء قلنا بوجوبه ابتداء أو بعد الشروع، و عدم وجوبه علی الزوج علی الثانی بعد إتمام الدور لا ینافی تعینه بالکیفیه التی وقعت أولا و إن لم یکن مستحقا علیه، ضروره کونه قسما علی کل حال، و لعله لذا کان خیره المصنف وجوب التسویه علی الترتیب مع قوله بالوجوب بالشروع.

بل لعل ذلک هو الوجه فیما احتمل من وجوب الترتیب أیضا فیما لو أساء و بدأ بواحده من غیر قرعه بناء علی وجوبها ثم أقرع بین الباقیات، فان عصیانه لعدم مراعاه القرعه لا ینافی صدق کونه قسما و تعین الحق للباقیات فی غیر اللیله التی ظلم بها، فیجب علیه حینئذ ذلک الترتب لتشخص القسم بما وقع و إن ظلم فی الأولی، و الوجه الأخر سقوط اعتبار البدأه شرعا، فتعتبر القرعه کما لو ابتدأ بالقسم، بل فی المسالک هو أجود و إن کان لا یخفی علیک الحال بعد الإحاطه بما ذکرناه، و الله العالم.

و کیف کان ف الواجب فی القسمه المضاجعه بأن ینام قریبا منها علی النحو المعتاد معطیا لها وجهه کذلک فی جمله من اللیل، بحیث یعد معاشرا بالمعروف لا- هاجرا و إن لم یتلاصق الجسمان لا المواقعه التی لا تجب علیه إلا فی کل أربعه أشهر مره، و لیست مقدوره فی کل وقت، فهی حینئذ حق له متی أراده فعله بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل ظاهرهم المفروغیه من ذلک، و هو کذلک بالنسبه إلی المواقعه التی دل علیه- مضافا إلی الأصل و غیره-

خبر إبراهیم

الکرخی (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل له أربعه نسوه فهو یبیت عند ثلاث منهن فی لیالیهن و یمسهن و إذا نام عند الرابعه فی لیلتها لم یمسها فهل علیه فی هذا إثم؟ قال: إنما علیه أن یکون عندها فی لیلتها، و

یظل عندها فی صبیحتها، و لیس علیه أن یجامعها إذا لم یرد ذلک».

و أما المضاجعه علی الوجه المزبور فإنها و إن لم نجد بها نصا بخصوصها کما اعترف به فی کشف اللثام، بل قال: «المروی الکون عندها» لکن قد یدعی أنها المتعارفه من المبیت عندها، بل هو و شبهه السبب فی تعیین لیله لها و إضافتها إلیها، بل هی المراده من المعاشره بالمعروف، بل یمکن استفادتها من آیه(۲)«وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ» إلی آخرها الظاهره فی اشتراط ذلک بالنشوز، و أنه مع الطاعه لیس للزوج علیها هذا السبیل، بل ربما کان فی

قوله (۳)«أ یضرب أحدکم المرأه ثم یظل معانقها»

و الله العالم.

و علی کل حال ف یختص الوجوب باللیل الذی خلقه للناس سکنا من حرکات التعب و نهضات النصب، و جعله لهم لباسا لیلبسوا من راحته و منامه فیکون ذلک لهم جماحا و قوه، و لینالوا به لذه و شهوه فی المضاجعه و المواقعه و نحوهما، دون النهار الذی خلقه لهم مبصرا لیبتغوا فیه من فضله و لیتسببوا إلی رزقه و یسرحوا فی أرضه طلبا لما فیه نیل العاجل من دنیاهم و درک الأجل من آخر أهم (۴)مضافا إلی الأصل و اقتصار النصوص علی اللیله(۵)و السیره المستمره و غیر ذلک

، خلافا للمحکی عن المبسوط «کل امرأه قسم لها لیلا فان لها نهار تلک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۶- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

۴- ۴ ما ذکره قده فی خواص اللیل و النهار مأخوذه من الصحیفه السجادیه: الدعاء ۶ و ذکرها فی البحار أیضا- ج ۵۸ ص ۱۹۹ ط الحدیث.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱ و ۵ و ۹- من أبواب القسم و النشوز.

اللیله» و عن ابن الجنید «العدل بین النساء هو إذا کن حرائر مسلمات لم یفضل إحداهن علی الأخری فی الواجب لهن من مبیت باللیل و قیلوله صبیحه تلک اللیله، کان ممنوعا من الوطء أو لا».

و لعله إلیه أشار المصنف بقوله و قیل: یکون عندها فی لیلتها و یظل عندها فی صبیحتها کما أنه أشار بقوله و هو المروی إلی خبر الحضرمی (۱)السابق، و قد یشهد للأول

نصوص «للحره یومان و للأمه یوم»(۲)

و تخصیص البکر و الثیب بالأیام(۳)بناء علی کون الیوم اسما لمجموع اللیل و النهار، لکن النصوص المزبوره معارضه بالمعتبره المصرحه بدل الیوم باللیله(۴)فلا بد من التجوز بأحد الطرفین، إما بأن یراد من الیوم اللیله خاصه تسمیه للجزء باسم کله، أو یراد من اللیله مجموع الیوم المشتمل علی النهار تسمیه للکل باسم جزئه، و لا ریب فی رجحان الأول لاعتضاده بما سمعت، و صحه السند، و تعارف لحوق الیوم للیل فی ذلک و إن لم یکن واجبا، و خبر الحضرمی مع قصوره عن معارضه(۵)

غیره سندا و غیره إنما دل علی الصبیحه لا القیلوله، اللهم إلا أن یرید الإسکافی من القیلوله المکث عندها فی تلک الصبیحه بقرینه قوله: «صبیحه تلک اللیله» أو یحمل الخبر علی إراده الیوم من الصبیحه علی معنی خصوص القیلوله منه، لأنها هی التی تشبه اللیل فی السکون و النوم و غیرهما، بخلاف غیرها من أجزاء النهار المعتاد فیها الخروج لتدبیر المعاش و لغیره، و علی کل حال فحمله علی الندب متجه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱ و هو خبر إبراهیم الکرخی المتقدم فی ص ۱۶۲.

۲- ۲ هکذا فی النسختین الأصلیتین و الصحیح« و قد یشهد للثانی» الا أن یرید قده به الأول من قولی الخلاف، و هما المحکی عن المبسوط و المحکی عن ابن الجنید.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۶- من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۲ و ۳ و ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱ و ۹- من أبواب القسم و النشوز.

بل المستحب أيضا إلحاق اليوم بالليل بل هو من الفرد الكامل من العدل و العشره بالمعروف و المعهود من النبى صلى الله عليه و آله (۱)بل

عن على عليه السلام (۲)«إنه كان لا يتوضأ فى يوم إحداهن عند الأخرى».

و كيف كان فقد ذكر غير واحد أنه لا يراد من البيتوته معها فى الليله القيام معها فى جميعها، بل ما يعتاد منها، و هو بعد قضاء الرحل من الصلاه فى المسجد و مجالسه الضيف و نحو ذلك، حملا للإطلاق على المتعارف، مع عدم منافاته للمعاشره بالمعروف، نعم ليس له الدخول فى تلك الليله على الضره إلا للضروره فيما قطع به الأصحاب كما فى الرياض، لمنافاته المعاشره المزبوره، و من الضروره عيادتها إذا كانت مريضه، بل عن المبسوط تقييده بثقل المرض و إلا لم يجز، فان مكث فى

غير ذلك أثم، و وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد إقامه عرفا، فيأثم خاصه.

قلت: إن كان استثناء الجلوس عند الأضياف و نحوه لعدم منافاته صدق المبيت ليله عرفا، فلا تفاوت بين الجلوس عندهم و عند الضره، ضروره كون الواجب مصداق ذلك و الفرض تحققه، بل هو غير مناف للعدل و للعشره بالمعروف بعد أن لم يكن لهن حق فيه، نعم لو قيل بأن الواجب المبيت فى جميع الليله عندها و إنما خرج خصوص بعض الأفعال المزبوره التى يكون الزمان من لوازمها لا أن زمانها مستثنى كى لا يتفاوت صرفه فى الضيف أو فى زياره الصديق أو نحوهما إلا أنه محل للنظر و البحث و الانصاف تحقق السيره القطعيه فى عدم المداقه فى ذلك، كما أن الانصاف الاكتفاء بمطلق ما يكون مثله عذرا فى العاده فى التخلف عنها فى بعض الليله بل قد يسامح فيه بلا عذر، و الميزان ما يتحقق به مسمى العدل و العشره بالمعروف، لا الفرد الكامل منهما الذى لا يستطيعه إلا الأنبياء أو الأوصياء (صلوات الله عليهم)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۳.

و عدم المیل إلی إحداهن علی وجه تبقی الأخری کالمعلقه.

هذا و قد قیل أیضا إن إطلاق النص و الفتوی بوجوب اللیله وارد مورد الغالب و هو ما یکون معاشه نهارا فلو انعکس کالوقاد و الحارس و البزار فعماد قسمته النهار خاصه بلا خلاف، جمعا بین الحقین، و دفعا للضرر، و التفاتا إلی قوله تعالی(۱):

«جَعَلَ اللَّیْلَ وَ النَّهارَ خِلْفَهً».

و لو اختلف عمله فکان یعمل تاره باللیل و یستریح بالنهار و تاره یعمل بالنهار و یستریح باللیل وجب علیه مراعاه التسویه بین زوجاته بحسب الإمکان، فإن شق علیه ذلک لزمه لکل واحده ما یتفق فی نوبتها من اللیل أو النهار.

و لو کان مسافرا معه زوجاته فعماد القسمه فی حقه وقت النزول، قلیلا کان أم کثیرا، لیلا أم نهارا، قلت: قد ذکر هذا الحکم بعض العامه و الخاصه، و هو إن تم إجماعا کان هو الحجه، و إلا أمکنت المناقشه باحتمال سقوط القسم فی حقه باعتبار تعذر محله، و الآیه(۲)لا تفید عموم قیام اللیل و النهار مقام الأخر فی کل أمر وجب فی أحدهما علی وجه یفید المطلوب، و أصاله بقاء الحق لا یصلح مثبتا لمشروعیه أدائه فی غیر المحل المخصوص، إذ هو بالنسبه إلی ذلک من الأصول المثبته، علی أنهم قد ذکروا سقوط القسم للعذر و السفر علی وجه لا یجب علیه قضاؤه، و لعل ذلک و نحوه من عدم المداقه فی هذا الحکم التی قلناه سابقا، و الله العالم.

و إذا کانت الأمه مع الحره أو الحرائر حیث یجوز الجمع بینهما فی التزویج فللحره لیلتان و للأمه لیله بلا خلاف معتد به أجده فیه، إذ المحکی عن بعض القدماء منا من عدم

القسم للأمه محجوج بالنصوص (۳)التی کادت تکون متواتره فی خلافه، مضافا إلی ما دل (۴)علی أن الأمه علی النصف من الحره،

۱- ۱ سوره الفرقان: ۲۵- الآیه ۶۲.

۲- ۲ سوره الفرقان: ۲۵- الآیه ۶۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۶- من أبواب ما یحرم بالمصاهره الحدیث ۲ و ۳ و ۴ و الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز.

و حينئذ فالمتجه كون الدور من ثمانيه، خمس للزوج، و ليلتان للحره، و ليله للأمه، لكن نظر فيه فى المسالك «بأن تنصيف الليله فى القسمه يجوز لعوارض كما سيأتى و إن لم يجز التنصيف ابتداء، فلا مانع من كونه هنا كذلك، و لما كان الأصل فى الدور أربع ليال فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل، خصوصا إذا قيل بجواز جمع ليلتى الحره من الثمان، لأن ذلك خلاف وضع القسمه» و فيه ما قد عرفت سابقا من أن القسم لا يقع فى أقل من ليله، لما فيه من تنغيص العيش، و تعسر ضبط أجزاء الليل، و المنافاه لظاهر التقدير بالليله و اليوم، فلا يجوز قسمه الليله الواحده كما اعترف به سابقا، و المقام من ذلك قطعا، و عليه جرى

قوله عليه السلام (۱)«و إن تزوج الحره على الأمه فللحره يومان و للأمه يوم»

و نحوه آخران(۲)

و قوله عليه السلام فى الموثق (۳): «للحره ليلتان و للأمه ليله»

و نحوه غيره (۴)إذ هو مبنى إما على بيان أقل القسمه بناء على جوازها بالأزيد أو على كيفيتها على وجه لا زياده و لا نقيصه، نحو

ما ورد فى الحره(۵)من أنها «لها ليله من أربع»

الذى فهموا منه عدم جواز القسم بأقل منها، بل قد سمعت البحث فى الأزيد، كل ذلك مضافا إلى ما عن الخلاف و غيره من الإجماع على ذلك، قلت: بل لعله من المسلمين فضلا عن المؤمنين.

ثم إن إطلاق النص و الفتوى جواز الجمع بين ليلتى الحره و التفريق خلافا لما عن بعض، فأوجب الثانى إلا برضاها بالأول، لأن لها حقا فى كل أربع واحده و لا يسقطه اجتماعها مع الأمه، و فيه- مع إمكان تحصيل ذلك أيضا فى بعض أفراد الجمع، كما لو كانت الليله الأولى الرابعه من الدور الأول، و الأولى من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۶- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۶- من أبواب ما يحرم بالمصاهره الحديث ۲ و ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۹- من أبواب القسم و النشوز.

الـدور الثانی- أن المراد من تلک النصوص تقـدیر الحق بـذلک لا حصـر القسم به، و لـذا جوزناه بالأزید، علی أن المنساق منها حـال اتحادهـا مع وجوب القسم ابتـداء أو مع اجتماعهـا مع الحره دون اجتماعهـا مع الأمه الـذی أطلق فیه اللیلتان الصادقتان علی حالی الاجتماع و التفریق فالأصـح حینئـذ جواز کل منهما بناء علی المختار من جواز القسم بأزید، بل لعله کذلک أیضا بناء علی القول

الأخر، ضروره کون اللیلتین هنا بمنزله اللیله حال الاجتماع مع الحره، و الله العالم.

و الکتـابیه الحره کالأـمه الـتی هی خیر منهـا وَ لَوْ أَعْجَبَتْکُمْ (۱)فی القسـمه و حینئـذ فلو کان عنده مسـلمه و کتابیه کان للمسـلمه لیلتـان و للکتـابیه لیله بلاـ خلاـف معتـد به أجـده فیه، بل عن الخلاف الإجماع علیه، لإطلاق (۲)إنهن بمنزله الإمـاء، و خصوص الخبر(۳)المنجبر بذلک، بل عن جماعه عد مثله

فی الصحیح «للمسلمه الثلثان، و للأمه و النصرانیه الثلث»

فتوقف ثانی الشـهیدین فیه فی المسالک فی غیر محله و حینئـذ ف لو کانت عنده أمه مسـلمه و حره ذمیه کانتا سواء فی القسـمه فتسـتحقان لیلتین من ثمان بل المتجه علی ذلک ما ذکره غیر واحد من الأصـحاب قاطعین به من أنه لو کان عنده أمه کتابیه کان لها ربع القسـمه، فتسـتحق لیله من ست عشـره لیله، لئلا تساوی الأمه المسـلمه التی هی خیر من الحره الکافره، و للأصل مع عـدم المخرج عنه سوی إطلاق الخبر المتقدم بالتنصـیف للنصـرانیه، و لیس فیه حجه لتخصـیصه بقرینه السیاق- حیث جعلت فی مقابله الأمه- بما لو کانت حره، بل ربما ظهر من ذلک دلیل آخر للحکم فی المسأله السابقه بناء علی مخالفه وجوب القسمه لأصاله

۱- ۱ إشاره إلی الآیه الکریمه ۲۲۱ من سوره البقره « وَ لَأَمَهٌ مُؤْمِنَهٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِکَهٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْکُمْ»
۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما یحرم بالکفر الحدیث ۱ و الباب- ۴۵- من أبواب العدد الحدیث ۱ من کتاب الطلاق.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب ما یحرم بالکفر الحدیث ۳.

البراءه، فيقتصر فى الخروج عنها بالإضافه إلى الكتابيه الحره على ما هو المتيقن من الأدله، و ليس إلا كونها كالأمه، إذ مساواتها للحره المسلمه لا دليل عليها سوى إطلاق الأدله(۱)بأن للحره من أربع ليال ليله الذى هو غير منصرف إلى مثلها قطعا، كل ذلك مضافا إلى أصاله عدم التداخل فى السببين اللذين هما الكتابيه و المملوكيه المقتضى كل منهما نقصا عن مقابله، و أنه على النصف، فإذا كان أحدهما مقتضيا ليله من ثمان فإذا انضم الثانى معه اقتضى من الست عشره واحده، بل

قوله عليه السلام (۲): «الأمه على النصف من الحره»

مقتض ذلك أيضا، ضروره اقتضائه حينئذ كون الأمه الكتابيه على النصف من الحره الكتابيه التى قد عرفت مساواتها للأمه المسلمه، و النصف من النصف ربع، و هو المطلوب، على أن المراد من كون الأمه على النصف من الحره من حيث كونها أمه، و كذا الكتابيه من حيث كونها كتابيه، لا أن المراد منه أن الأمه و إن كانت كتابيه على النصف من الحره و إن كانت مسلمه، بل ليس المراد عند التأمل إلا أن الأمه الكتابيه على النصف من الحره كذلك، و الأمه المسلمه على النصف من الحره كذلك كما هو واضح، هذا.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك الحكم فى جميع صور اجتماع الزوجات المتفرقات فى

القسمه، و هى أربعون صوره: ست منها ثنائيه، و أربع عشره ثلاثيه، و عشرون رباعيه، تبلغ مع الصور المتفرقه إحدى و خمسون، و هى من واحده إلى أربع أحرار مسلمات، و مثلها كتابيات، و اثنتان إماء كتابيات، و هما واحده و اثنتان فيهما.

و اعلم أن القسمه فى المتفرقه من ثمان فى عشرين صوره، و من ست عشره فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ و ۹- من أبواب القسم و النشوز.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۱ و فيه « قسم للحره مثلى ما يقسم للمملوكه»

عشرين، و فى المتفقه من أربع فى أربع، و من ثمان فى ست، و من ست عشره فى اثنتين، و الله العالم، هذا.

و فى إلحاق المبعضه بالحره أو الأمه أو التقسيط إشكال من أصاله التسويه بين الزوجات إلا من علم خروجها، و هو هنا غير معلوم، مضافا إلى تغليب الحريه، و من أن الحريه سبب التسويه و تحققها مع التبعيض غير معلوم، بل الظاهر العدم، لظهور عدم المساواه و من الجمع بين مقتضى النصيبين، و من التردد فى الدخول فى الحره أو الأمه أو فى كل باعتبار، و لعل الأخير أقوى نظرا إلى غير ذلك من الأحكام التى جرى فيها التقسيط.

و كيف كان فهنا

[فروع]

فروع: و هى لو بات عند الحره ليلتين فأعتقت الأمه قبل ليلتها أو فى أثنائها و رضيت بالعقد ساوت الحره و كان لها ليلتان، لأنها صادفت محل الاستحقاق و التحقت بالحره قبل توفيه حقها و للشافعيه وجه بالعدم نظرا إلى الابتداء و لو بات عند الحره ليلتين ثم بات عند الأمه ليله ثم أعتقت لم يبت عندها أخرى لأنها استوفت حقها نعم يستأنف فى الدور الثانى التسويه، و هل العتق فى اليوم الثانى لليلتها كالعتق فى الليله؟ أما على القول بعدم الدخول فى القسم أصلا فليس مثله قطعا، و على القول الأخر فيه وجهان، من عدم الاستيفاء، و من كونه تابعا، هذا إن بدأ بالقسمه بالحره.

و أما العكس كما لو بات عند الأمه ليله ثم أعتقت فى أثناء ليلتها ساوت الحره، فكانت لها أيضا ليله واحده، و إن أعتقت بعد تمام نوبتها قبل استيفاء الحره حقها و لو فى أثنائها فى الليله الأولى أو الثانيه لم تساوها، فيجب حينئذ للحره ليلتان، ثم يسوى بينهما بعد ذلك فى دور آخر، لأنها إنما استحقت ليله واحده على أن يكون نصف ما للحره.

و قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط يقضى للأمه ليله، لأنها ساوت الحره قبل توفيه حقها و فيه تردد (۱۱) لما عرفت، و عن الشافعيه قول

بأنها إن عتقت قبل الليله الأولى من ليلتى الحره أو فيها لم يكن لها إلا ليله، و إن أعتقت فى الليله الثانيه خرج من عندها فى الحال، و هو قريب من قول الشيخ، و إن كان الظاهر أنه لا يرى الخروج من عندها، و قد تقدم لك تمام الكلام فى هذه المسائل فى نكاح الكفار.

كما أنه قد ظهر لك مما ذكرنا الضابط فى المسأله، و هو أن الأمه متى أعتقت بعد استيفاء حقها من النوبه فلا شى ء لها و أعطيت الحره حقها كاملا، سواء كانت متقدمه أو متأخره، و متى أعتقت قبل تمام نوبتها أكمل لها نصيب الحره.

و ليس للموطوءه بالملك القسمه بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه واحده كانت أو أكثر فله مع تعددهن تخصيص من شاء منهن بالمبيت إذا لم يكن له زوجه أو كان و فضل من الدور شى ء فصرفه إلى الأمه. و بالجمله فحكمهن فى القسمه حكم المعدومات، فلو كان له زوجه واحده و لم نوجب القسمه لها من كل أربع كان مبيته عند الأمه دائما بمنزله الاعراض عن الزوجه و مبيته وحده.

و كذا لا خلاف معتد به فى أن له أن يطوف على الزوجات فى بيوتهن، و أن يستدعيهن إلى منزله، و أن يستدعى بعضا و يسعى إلى بعض لأن تعيين المسكن يرجع إليه، كما أن الطاعه واجبه عليها، و دعوى منافاه الأخير للعدل و العشره بالمعروف واضحه المنع بعد فرض إراده المقرر بالشرع منهما فيما جعله الشارع لهن فيه حقا، نعم لا يبعد استحباب المساواه، و أفضل منه خصوص الطواف عليهن تأسيا بالنبى صلى الله عليه و آله (۱)و أتم فى استجلاب الموده و العشره بالمعروف.

و الله العالم.

و تختص البكر عند الدخول فى التفضيل بسبع ليال و الثيب بثلاث

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲ و سنن البيهقى ج ۷ ص ۲۹۸.

على المشهور،

للنبوى (۱)«للبكر سبعه أيام و للثيب ثلاثه»

و لصحيح ابن أبى عمير عن غير واحد عن محمد بن مسلم (۲)قال: «قلت: الرجل يكون عنده المرأه يتزوج أخرى أ له أن يفضلها؟ قال: نعم إن كانت بكرا فسبعه أيام، و إن كانت ثيبا فثلاثه أيام»

و خبره الآخر(۳)قلت لأبى جعفر عليه السلام: «رجل تزوج امرأه و عنده امرأه، فقال: إذا كانت بكرا فليبت عندها سبعا؛ و إن كانت ثيبا فثلاثا»

و خبر هشام بن سالم (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يتزوج البكر، قال: يقيم عندها سبعه أيام»

و على ذلك ينزل إطلاق

خبر البصرى (۵)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يكون عنده المرأه فيتزوج الأخرى كم يجعل للتى يدخل بها؟ قال:

ثلاثه أيام ثم يقسم».

نعم فى

خبر الحسن بن زياد(۶)عن أبى عبد الله عليه السلام قلت: «فيكون عنده المرأه فيتزوج عليها جاريه بكرا، قال: فليفصلها حين يدخل بها ثلاث ليال»

و فى

موثق سماعه(۷)«سألته عليه السلام عن رجل كانت له امرأه فيتزوج عليها، هل يحل له أن يفضل واحده على الأخرى؟ قال: يفضل المحدثه حدثان عرسها ثلاثه أيام إذا كانت بكرا، ثم يسوى بينهما بطيبه نفس إحداهما للأخرى».

بل عن الشيخ فى التهذيبين الجمع بينهما و بين النصوص السابقه بحمل السبع للبكر على الجواز، و الثلاث على الأفضل؛ بل عن ابن سعيد موافقته على ذلک، بل لعله ظاهر المحکى عن السرائر أيضا «إذا عقد على بكر جاز أن يفضلها بسبع، و يعود إلى التسويه؛ و لا يقضى

ما فضلها، فان كانت ثيبا فضلها بثلاث ليال لكن على الخلاف أن للبكر حق التخصيص بسبعه و للثيب حق التخصيص بثلاثه خاصه لها أو بسبعه يقضيها للباقيات» و استدل عليه بالإجماع و الأخبار(۸)و بما

روى (۹)عن

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۱ و كنز العمال ج ۸ ص ۲۵۳ الرقم ۴۱۳۶ و فيهما « للبكر سبع و للثيب ثلاث».
۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۱.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۵.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۳.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۴.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۷.
۷- ۷ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۸.
۸- ۸ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز.
۹- ۹ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۰.

النبی صلی الله علیه و آله إنه قال لأم سلمه حین بنی بها: «ما بک علی أهلک من هوان إن شئت سبعت عندک و سبعت عندهن و إن شئت ثلثت عندک و درت».

و قد یظهر من المحکی عن أبی علی وجه آخر للجمع، قال: «إذا دخل ببکر و عنده ثیب واحده فله أن یقیم عند البکر أول ما یدخل بها سبعا ثم یقسم و إن کانت عنده ثلاث ثیب أقام عند البکر ثلاثا حق الدخول، فان شاء أن یسلفها من یوم إلی أربعه تتمه سبعه، و یقیم عند کل واحده من نسائه مثل ذلک ثم یقسم لهن جاز، و الثیب إذا تزوجها فله أن یقیم عندها ثلاثا حق الدخول ثم یقسم لها و لمن عنده واحده کانت أو ثلاثا قسمه متساویه» إلا أنه کما تری لا شاهد له، و لا ینتقل إلیه من مجرد اللفظ.

بل قد یناقش فی الجمع الأول أیضا المقتضی لکون الحکم من أصله ندبیا، و إن مال إلیه

بعض الأفاضل من متأخری المتأخرین، مؤیدا بالأصل مع انتفاء الصارف عنه من النص و کلام أکثر الأصحاب من حیث تضمنهما ما یدل علی الوجوب فی مقام توهم الحظر بظهور النص و الفتوی أن ذلک علی جهه الاستحقاق لها، و الأصل فیه وجوب الوفاء ممن علیه، و به تقوی إراده الوجوب من الأمر به هنا، مضافا إلی ما سمعته من معقد إجماعه فی الخلاف، و لمعلومیه رجحان نصوص السبع فی البکر بالشهره العظیمه بل عدم الخلاف کما قیل، بل الإجماع المحکی عن جماعه علی وجه لا یقاومها خبرا الثالث (۱)المحمولان علی أنها إنما تستحقها دون التکلمه سبعا، و إنما له تقدیمها و یقضیها للباقیات کما سمعته من الإسکافی فی الجمله، أو علی إراده استمرار تفضیلها بالثلاثه التی له و لها من الأربع، بل لعله ظاهر الأول منهما بقرینه ما قبله و ما بعده، فیراد حینئذ من حین الدخول بها و حدثان العرس الأیام القریبه منه، أو غیر ذلک.

و أما الثیب فلا خلاف أجده فی النص و الفتوی فی عدم زیاده تفضیلها علی الثلاث

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۷ و ۸.

إلا ما يحكى عن بعض الفتاوى و الأخبار من التفضيل بالسبع أيضا فعن

العلل (۱)«أن رسول الله صلى الله عليه و آله تزوج زينب بنت جحش فأولم و أطعم الناس- إلى أن قال- و لبث سبعه أيام بلياليهن عند زينب،

ثم تحول إلى بيت أم سلمه، و كان ليلتها و صبيحه يومها من رسول الله صلى الله عليه و آله»

و هو مع قصور سنده و شذوذه و عدم مكافأته لما مر من الأخبار محمول على الاختصاص به صلى الله عليه و آله، لعدم وجوب القسم عليه، و إلا ما سمعته من الخلاف الذى هو ليس تفضيلا لها، و إنما هو تقديم و قضاء للباقيات، مع أنا لم نجده فيما وصل إلينا من النصوص المعتبره سوى ما سمعته من قول النبى صلى الله عليه و آله لأم سلمه(۲)المفتى به عند العامه التى جعل الله الرشد فى خلافها المحمول أيضا على اختصاصه صلى الله عليه و آله به، فلا محيص حينئذ عن القول المشهور نقلا و تحصيلا.

بل الظاهر أنه لا يقضى لنسائه شى ء من ذلك، لظهور النص (۳)و الفتوى فى استحقاقهما القدر المزبور، بل لم نعرف فيه خلافا بيننا إلا ما سمعته من الإسكافى منا الذى لم نعثر على دليل معتد به له، و أبى حنيفه من غيرنا، فأوجب القضاء مطلقا، و لا ريب فى ضعفه، من غير فرق بين طلب الثيب المبيت عندها سبعا و عدمه، خلافا لما عن مشهور الشافعيه من أنها إن التمست السبع قضاهن أجمع، و إن بات عندها سبعا من غير التماس لم يقض إلا الأربع، لأنه صلى الله عليه و آله خير أم سلمه فى الخبر(۴)المتقدم بين اختيار الثلاث خالصه و السبع بشرط القضاء، فدل على أنها إن اختارت السبع لزم القضاء، و لأن السبع حق البكر، فإذا التمستها فقد رغبت فيما ليس مشروعا لها، فيبطل أصل حقها، و إن التمست الست فما دونها، أو التمست البكر إقامه ما زاد على

السبع لم يقض إلا الزائد، لأنها لم تطمع فى الحق المشروع لغيرها، و قد سمعت كلام الشيخ فى الخلاف، و أنه اما أن يخصها بثلاث أو بسبع و يقضيها لخبر أم سلمه الذى هو عامى، فالتحقيق ما عرفت.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب القسم و النشوز.

۴- ۴ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۰.

ثم إن الظاهر اعتبار الولاء فيها لأنه المنساق، بل كاد يكون صريح قوله فی بعضها: «ثم يقسم» و لأن الغرض و هو الإيناس و رفع الوحشه لا يتم إلا به، نعم يتحقق بما سمعته فی القسمه، و فی المسالک «يتحقق بعدم خروجه إلی أحد من نسائه مطلقا علی حد ما يعتبر فی القسمه و لا إلی غيرها لغير ضروره أو طاعه، كصلاه جماعه و نحوها مما لا يطول زمانه و إن كان طاعه، لأن المقام عندها واجب فهو أولی من المندوب» و فيه ما عرفت مضافا إلی كون المدار سبق المبيت عندها علی النحو المتعارف حتی بالنسبه إلی عروض بعض العوارض من ضيف أو عباده فی ليله مشرفه و نحو ذلک.

و علی كل حال فلو فرق الليالی أساء قطعا بل فی المسالک «و فی الاحتساب به وجهان، من امتثال الأمر بالعدد، مكان ذلک بمنزله القضاء، و من اشتمال التوالی علی غايه لا- تحصل بدونه، كالأنس و ارتفاع الحشمه و الحياء» قلت: كأن مراده وجوب قضاء عدد مشتمل علی التوالی فی أحد الوجهين، لكنه كما تری، خصوصا مع عدم اعتبار التوالی فی النصوص شرطا، و مع إراده أيام مخصوصه متواليه متصله بالعقد، و بذلک افترق الحال بين التوالی فی الكفاره و بينه هنا، بل المتجه هنا إما سقوط القضاء من أصله أو قضائها مع الإخلال بها و لو مفرقه، و لعل الثانی لا يخلو من قوه.

ثم إنه قد صرح بعضهم بأنه لا فرق هنا بين الحره و الأمه المسلمه و الكتابيه لإطلاق النص و الفتوی، و لأن المقصود من ذلک أمر متعلق بالبضع، و هو لا يختلف بالحريه و الرق و لا بالإسلام و الكفر، كما يشترک الجميع فی مده الفئه فی الإيلاء، و فيه أنه يمكن أن يكون الإطلاق هنا اتكالا علی معلوميه نقصان الأمه عن الحره و الكافره عن المسلمه، حتی ورد أن الأمه علی النصف من الحره(۱)و أن الكتابيه بمنزله الأمه(۲).

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث ۳ و الباب- ۴۵- من أبواب العدد الحديث ۱ من كتاب الطلاق.

و من هنا حكى عن بعضهم التشطير على حسب القسم، و هو قوى، خصوصا بناء على أن المقام قسم من القسم أيضا.

إنما الكلام فى كيفيته، فيحتمل تكميل المنكسر، فيثبت للبكر الأمه أربع ليال، و كذا الحره الكتابيه، و للثيب منهما ليلتان، و ليله للأمه الكتابيه، و يحتمل التزام التشقيص هنا إما لجوازه فى القسم أو فى خصوص المقام، لعدم كونه منه، بل فى المسالك «أنه أصح الوجهين» و هو متجه على ما سمعته منه سابقا، أما على المختار فالمتجه الأول، لكونه من القسم الذى لا يجوز فيه التشقيص، و

حذف الكسر منها مرجوح بالنسبه إلى تكميلها به ترجيحا لحق الجديده، كما عساه يومئ إليه ترجيحها بالسبع و الثلاث.

و كيف كان فالمعتبر فى الحريه و الرقيه بحاله الزفاف، فلو نكحها أمه و زفت إليه حره لحقها حكم الحرائر، بل لا يبعد ذلك لو أعتقت فى أثناء أيامها، لما عرفته سابقا، و لو قضى حق الجديده ثم طلقها ثم راجعها لم يعد حق الزفاف، لأنها باقيه على النكاح الأول الذى قضى حقه، نعم لو طلقها بائنا ثم جدد نكاحها فى العده فالأصح تجدد الحق، لعود الجهه بالفراق المبين، و قد يحتمل عود الأول، لكنه واضح الضعف، و مثله ما لو أعتق مستولدته أو أمته التى هى فراشه ثم نكحها.

و لو كان قد أبانها قبل أن يوفيها حقها ثم جدد نكاحها ففى المسالك «لزمه التوفيه، لأنه ظلم بالطلاق-، قال-: و على هذا فلو أقام عند البكر ثلاثا و افتضها ثم أبانها ثم نكحها وجب أن يبيت عندها ثلاثا حق زفاف الثيب و لو قلنا بعود الأول وجب أن يبيت عندها أربعا لأن حق الزفاف فى النكاح الثانى على هذا يبنى على النكاح الأول، و قد بقى منه هذا المقدار» قلت: قد يمنع وجوب وفاء الأول الذى قد سقط بالطلاق، بل يمكن منع كونه ظلما لاحتمال اشتراطه ببقاء كونها زوجه، لا أنه يحرم عليه طلاقها قبل توفيه حقها، و كذا الكلام فى صاحبه الدور، كما ستسمع الكلام فيه فى المسائل إنشاء الله.

هـذا و قـد ظهر لک أن للجديـده حق الاختصاص بالعدد المذكور، و التقدم به على غيرها، فان زفت إليه بعد تمام الدور حصـل لها الاختصاص خاصه، و كـذا لو تزوجها على واحـده بناء على عـدم القسم لها، و لو كان عنـده امرأتان فزفت اليه جديده بعد ما قسم لإحـداهما دون الأخرى ففى المسالک «قضـى حق الزفاف، و تحقق هنا الاختصاص و التقـديم، ثم قسم للقـديمه الأخرى و أعطى الجديده نصف ما وفى القديمه، لاستحقاقها حينئذ ثلث القسم، فان كان قد قسم للأولى ليله و فى الأخرى بعد حق الزفاف ليله، و بـات عنـد الجديـده نصـف ليله، و خرج بقيه الليله إلى مسـجد و نحـوه، ثم اسـتأنف القسم بينهن على السـويه، و لو قسـم للأولى خمس عشره و تزوج بكرا خصها بسبع، ثم قسم ثلاثا للقديمه و واحده للجديده خمسه أدوار- و قال فيها أيضا- لو تزوج فى أثناء القسم ظلم من بقى بتأخير حقها بعـد حضوره، و لكن لا يؤثر فى تقـديم الجديـده، و يجب التخلص من مظلمه المتأخره على الوجه الذى ذكرناه» انتهى.

و قـد يقـال: (أولا_) أنه لا_ ظلم، لاشتراط حقها بعـدم اتفاق نكاح جديـد فى الأثناء و إلا كان مقـدما لإطلاق النصوص السابقه و (ثانيا) أنه لو فرض نكاحه بعد وفاء الأولى ليلتها دون الثانيه اختصت الجديده بأيام زفافها، ثم كان لها ليله من الأربع، و لا يختص قسمها بين الباقيه و الجديده حتى أنه تستحق الثلث مما لها.

و لكن قـد يـدفع الأخير بأنه لا حق للجديـده مع القديمه المسـتوفيه حقها فى القسم قبل صـيروره الجديده زوجه، و انما تشارک الباقيه، فيكون كما لو كان عنـده زوجتان، إلا أن القـديمه الباقيه قد اسـتحقت عند القديمه الأولى، لأن القسم كان بينهما، فيكون للقديمه الباقيه ثلثان و للجديده ثلث، و يتجه حينئذ ما ذكره من أنه إذا وفى القديمه ليلتها كان للجديده نصف ليله.

و بتقرير آخر هو أن القـديمه السابقه قـد اسـتوفت حقها من الأربع قبل صـيروره الجديده زوجه، فاسـتحقت الثانيه ليله منها أيضـا بمقتضى القسم بينهما قبل

تجدد الجديده، فلم يبق من الدور حينئذ إلا ليلتان للجديده فيهما الربع، و هو نصف ليله، و أما الليلتان منه للقديمتين فلا حق لها فيهما.

و كذا الكلام فى القسم للأولى بخمس عشره فإنه إذا أراد وفاء الثانيه حقها مع إعطاء الجديده حقها من الأدوار المتجدده بات عندها خمسه أدوار على الوجه المزبور، و هو ثلاث عند القديمه و واحده عند الجديده، فيحصل حينئذ خمس عشره ليله للقديمه، و خمس للجديده يكون المجموع عشرين، إذ ليس للجديده فى الأدوار المزبوره إلا خمس، لأن لها من كل أربع ليله و للقديمه الباقيه كذلك، مضافا إلى استحقاقها فى مقابله ما أخذته القديمه السابقه و هو عشره، إلا أن خمس منها للزوج، فالجديده حينئذ إنما لها ثلث من الخمس عشره، و هو خمس هى نصف ما و فى به القديمه الباقيه أى العشره، فلا فرق بين هذا المثال و بين الليله و نصف فى المثال السابق مع قطع النظر عن الخمسه التى هى له دفعها فى مقابله الخمسه السابقه التى أخذ منها القديمه السابقه.

و كذا الكلام فيما تسمعه من المصنف و غيره من أنه لو كان له أربع فنشزت واحده ثم قسم لكل خمس عشره فبات عند اثنتين ثم أطاعت الناشز وجب توفيه الثالثه خمس عشره و الناشز خمسا، إذ لا حق لها فى الثلاثين ليله التى باتها عند الأولتين، لأنها كانت ناشزا، و لها مع الثالثه اشتراك فى استحقاق الدور، فكأن له زوجتين، للناشز فى كل دور ليله، و للثالثه ثلاث إلى أن يكمل الخمس عشره ليله، فيبيت عند الثالثه فى كل دور ثلاثا و عند الناشز ليله خمسه أدوار ثم يستأنف القسم للأربع.

لكن هذا إذا قلنا بأنه إذا كان له أقل من أربع فقسم بما يستوعب الدور أو يزيد عليه سقط حقه من الأربع، و إلا كان متبرعا على كل من الأولتين بثلاث و ثلاثه أرباع، فلا يكون عليه للثالثه تمام الخمس عشره، بل إحدى عشره و ربع.

و ظاهر الأصحاب كما قيل على الأول بناء على وجوب العدل بينهن، خرج ما إذا قسم ليله ليله بالنص و الإجماع على أنه حينئذ له أن يضع ما له من الأربع عند من

شاء من أزواجه، فيبقى غير هـذه الصوره على أصل وجوب العـدل، و إن كان قـد يناقش بأن العدل إنما يجب فيما لهن من الحق لا ـ فيمـا يتفضـل به عليهن، أو على أنه إذا قسم لهن أزيـد من ليله كـان حقه بعـد تمـام قسـمه كل منهن مساويا لما قسـمه لها فى المضـاعفه، فإذا قسم لاثنتين كان له بعـد ليلتى الأولى أربع و كـذا بعـد ليلتى الثانيه، و نزلت الليلتان منزله ليله، فلا يكون له فيهما حق، فله أن يأخـذ بحقه بعـد الأولى بأن يبيت بعـد ليلتها عنـد غيرها و أن يأخـذه بعـد الثانيه، فهنا أيضا لما وفى لكل من الاثنتين خمس عشـره كان الجميع حقهما، فله أن يبيت خمس عشـره ليله عند غير زوجاته الثلاث ثم يبيت عند الثالثه خمس عشـره و أن يؤخر حقه عن توفيه الثـالثه حقها، و على كل حال فلها الخمس عشـره كامله، و إذا رجعت الرابعه إلى الطاعه بكل ما كان له من الحق كما لو كانت له ثلاث فتزوج رابعه فى الليله الرابعه أو يومها.

و كذا لو نشـزت واحده و ظلم واحده و أقام عند الأخريين ثلاثين ليله ثم أراد القضاء للثالثه فأطاعت الناشـز، فإنه يقسم للمظلومه ثلاثـا و للناشـز يومـا خمسه أدوار، فيحصـل للمظلومه خمس عشـره ليله عشـره قضـاء لأنه كان لها من كل ثلاث ليال ليله، لنشوز الرابعه، و قـد بات فيها عنـد إحـدى الأخريين، و خمس أداء فكلما بات عندها ليلتين قضاء كانت الثالثه أداء لها، بخلاف الصوره الأولى، فإن تمام الخمس عشره فيها أداء، لانتفاء الظلم، و يحصل خمس للمطيعه، كما فى الصوره السابقه.

و لو سـيق إليه زوجتـان أو زوجـات فى ليله أو يوم قيـل: يبتـدئ بمن شـاء فى وفـاء أيـام الاختصـاص، لإطلاق خطابه بـذلك مع التسـاوى فى الاسـتحقاق و إن ترتبـا فى الزفـاف، و قيـل كمـا عن بعضـهم: إنه يقرع بينهن، لمـا سـمعته فى القسم، ضـروره كون المسألتين من واد واحد، و الأول أشـبه عند المصنف بناء على ما سمعته سابقا و الثانى أفضل خروجا من شبهه الخلاف و الميل و الجور، بل قد عرفت أنه الأقوى عندنا، لا ما ذكره المصنف و لا ما عن المبسوط

و التحرير من وجوب الابتداء بمن سبق زفافها، لأن لها حق السبق، و فيه أنه لا يصلح مرجحا بعد الاتحاد فى تعلق الحق.

ثم إن الظاهر القرعه فى وفاء تمام الحق المعتبر فيه التوالى كما عرفت، لا أنه يخير بين ذلک و بين أن يبيت الليله الأولى عند من خرجت القرعه باسمها ثم عند الأخرى و هكذا، فان فى ذلک فوات التوالى فتأمل، و الله العالم.

و تسقط القسمه بالسفر بمعنى أن له السفر وحده من دون استصحاب أحد منهن، و ليس عليه قضاء ما فاتهن فى السفر، سواء قلنا بوجوب القسمه ابتداء أم لا- للإجماع الفعلى من المسلمين على المسافره كذلک من غير نكير و لا نقل قضاء مع أصاله عدم وجوبه بعد قصور أدله القسم لمثله.

و لا- شبهه فى أنه لو أراد إخراجهن معه فله ذلک، و عليهن الإجابه إلا لعذر، و إن أراد إخراج بعضهن جاز اتفاقا، و لأن النبى صلى الله عليه و آله كان يفعل ذلک و لا قضاء عليه للمتخلفات، للأصل، و لأنه صلى الله عليه و آله لم ينقل عنه القضاء و لو وقع لنقل، خصوصا فيما اشتمل على ذكر سفره بمن خرج اسمها، بل فى المسالک «فى بعض الروايات أنه صلى الله عليه و آله لم يكن يقضى صريحا، و يؤيده أن المسافره و إن حظت بصحبه الزوج لكنها قاست مشقه السفر، و لم يحصل لها دعه الحضر، فلو قضى لهن كان خلاف العدل».

و عن بعضهم اشتراط ذلک بكون خروج المصحوبه بالقرعه، فلو صحبها بدونها قضى، و إلا- كان ميلا و ظلما و خروجا عن التأسى، فإن عدم قضاء النبى صلى الله عليه و آله للقرعه، و فى القواعد «و لو استصحب من غير قرعه ففى القضاء إشكال» مما عرفت، و من أنه لا- حق لهن فى أوقات السفر و إلا- لم يجز له بانفراده، و له استصحاب من شاء منهن خصوصا إذا استحبت القرعه كما ستعرف، و الأصل عدم وجوب القضاء، و أنها و إن فازت بالصحبه فقد قاست شده السفر.

نعم هل ذلک عام لكل سفر لأن الاشتغال به مطلقا يمنع حق القسمه، لما فيه من المشقه و العناء المانع من حصول الصحبه و التفرد بالخلوه الذى هو غايه القسمه؟

ظاهر المصنف و صريح غيره ذلک.

و قیل: یقضی سفر النقله من مکان إلی مکان آخر و الإقامه أی الذی تحصل الإقامه فیه دون سفر الغیبه للتجاره و نحوها و لم تتخلل فیه إقامه، و اختاره الفاضل فی القواعد قال: «و لو سافر للنقله و أراد نقلهن فاستصحب واحده قضی للبواقی و إن کان بالقرعه، لأن سفر النقله و التحویل لا یختص بإحداهن- أی فهو فی حکم الإقامه، و علیه نقل الکل- فإذا خص واحده قضی للبواقی» بخلاف سفر الغیبه الذی هو للتجاره و غیرها بعزم الرجوع، فإنه لا حق لهن فیه، و فی محکی المبسوط «إن فی سفر النقله وجهین- و لم یرجح شیئا منهما- أحدهما قضاء مده السفر لذلک، و الأخر قضاء مده الإقامه معها فی بلد النقله خاصه دون مده السفر- و قال فیها أیضا- و لو سافر بالقرعه ثم نوی المقام فی بعض المواضع قضی للباقیات ما أقامه دون أیام الرجوع علی إشکال، و لو عزم علی الإقامه أیاما فی موضع ثم أنشأ منه سفرا آخر لم یکن عزم أو لا لزمه قضاء أیام الإقامه دون أیام السفر، و لو کان قد عزم علیه لم یقض أیام السفر علی إشکال» و فی المسالک «عن بعض التفصیل أیضا فی سفر النقله بین الخروج بالقرعه و عدمه، فیقضی فی الثانی دون الأول».

و الأقوی عدم الفرق بین سفر النقله و غیره، و بین الخروج بالقرعه و غیره، و بین سفر الإقامه و غیره، للأصل السالم عن المعارضه بعد الشک فی تناول أدله القسم لذلک أو ظهورها فی غیره، خصوصا بعد السیره المستمره.

إنما الکلام فی أیام الإقامه المتخلله فی أثناء السفر باعتبار خروجها عن اسم السفر شرعا، فهی من الحضر، مع قوه احتمال کونها کأیام السفر، لاندراجها فیها عرفا، و لأن السیره أیضا علی عدم الفرق بینها و بین غیرها، و یمکن دعوی ظهور عباره المتن فی ذلک، و إشکال الفاضل فی أیام الرجوع فی غیر محله، ضروره اتحاد سفر الغیبه ذهابا و إیابا، و القرعه هنا لا محل لها، و کذا إشکاله الأخیر المبنی علی أحد الوجهین، و إیجاب القضاء مع السفر بلا قرعه، لکن من المعلوم أنه لا مجال لها هنا، کما هو واضح، فالمتجه حینئذ ما ذکرنا.

نعم لو سافر باثنتين عدل بينهما فى السفر أقرع عليهما أو لإحداهما خاصه أو لم يقرع، لعدم كونه غائبا عنهما، فان ظلم إحداهما قضى لها إما فى السفر أو فى الحضر من نوبه المظلوم بها، و له أن يخلف إحداهما فى أثناء السفر فى بعض الأماكن بالقرعه و غيرها على الأصح، لعدم الفرق بينه و بين منزله قبل إنشاء السفر، فان تزوج فى السفر بأخرى خصها بثلاث أو بسبع فى السفر ثم عدل بينهن، إذ السفر لا يسقط حق الجديده، لإطلاق أدلته.

و لو خرج وحده ثم استجد زوجه لم يلزمه القضاء للمتخلفات من نوبه الجديده و إن قلنا بالقضاء إن استصحب إحدى القديمات بالقرعه، نعم إن أقام فى السفر أو منتهاه لزمه القضاء، مع أن فيه البحث السابق، و الله العالم.

و كيف كان فالظاهر أنه يستحب أن يقرع بينهن إذا أراد استصحاب بعضهن للتأسى (۱)و لأنه أطيب لقلوبهن و أقرب إلى العدل، و لا يجب، للأصل، و كيفيتها معلومه، و لا تنحصر فى طريق، لكن فى كشف اللثام «أنها يكتب اسم كل منهن بالسفر فى رقعه يجعلها فى بندقه طين أو غيره فيقال لمن لم يعلم بالحال:

أخرج على السفر رقعه فكل من خرجت رقعتها سافر بها، فإن أراد إخراج أخرى أمره بإخراج رقعه أخرى، و كذا إذا أراد السفر بثالثه، و له إن أراد السفر باثنتين أن يجعل اسم كل اثنتين فى بندقه، و الأول أعدل، أو يخرج السفر على الأسماء فإن أراد السفر بواحده كتب فى رقعه سفر و فى ثلاث حضر، فان خرج على فلانه رقعه السفر سافر بها، و إن خرجت رقعه الحضر أخرج باسم أخرى، و إن أراد أن يسافر باثنتين كتب فى رقعتين سفر و فى أخريين حضر، أو اقتصر على رقعتين إحداهما سفر و فى الأخرى حضر، و إن أراد السفر بثلاث كتب فى ثلاث سفر و فى واحده حضر».

و نحوه فى المسالك و لا بأس به إن أراد بذلك أحد الأفراد، إذ لا دليل على تعيين ذلك فى كيفيتها، و الأمر سهل.

و هل يجوز العدول عمن خرج اسمها إلى غيرها؟ قيل كما عن المبسوط

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۲.

و الوسیله لا یجوز لأنها تعینت للسفر و إلا انتفت فائدتها، و فیه تردد بل الأقوی أن له ذلک، للأصل السالم عن معارضه ما یقتضی کونها من الملزمات، و فائده القرعه استحباب اختیارها للسفر، کما هو واضح، و الله العالم.

و لا تتوقف قسم الأمه علی إذن المالک، لأنه لا حظ له فیه، فلیس له منعها عن المطالبه به و عن إسقاطه و هبته للزوج أو ضرائرها، و فی المسالک «هذا لا کلام فیه» و هو جید إن تم إجماعا، خصوصا لو أرادت الصلح عنه بمال.

و علی کل حال فهل یتوقف القسم لها علی وجوب نفقتها کالحره؟ وجهان، من کونه من جمله الحقوق المترتبه علی التمکین، و دورانه مع النفقه فی الحره وجودا و عدما، و من أن وجوب النفقه علی الزوج یتوقف علی تسلیمها إلیه نهارا، و هو غیر واجب علی السید، فلا یکون حکمها کالناشز، بل المسافره فی واجب، و عن المبسوط «النفقه و القسم شی ء واحد، فکل امرأه لها النفقه لها القسم، و کل من لا نفقه لها لا قسم لها» و هذا یقتضی عدم وجوب القسم لأمه مع عدم تسلیم المولی نهارا، لسقوط نفقتها حینئذ و إن کان ذلک غیر واجب علی المولی» و فی المسالک «لعله الوجه» قلت: قد یقال:

إن مقتضی إطلاق أدله القسم وجوبه علیه، خصوصا مع إقدامه علی عدم استحقاقه التسلیم نهارا بناء علیه علی مولاها، فحینئذ امتناعها علیه بحق لا یسقط حقها من القسم، و الله العالم.

و یستحب التسویه بین الزوجات فی الإنفاق و إطلاق الوجه و الجماع و غیر ذلک، لأنه من کمال العدل و الانصاف المرغب فیهما شرعا، مع ما فی ذلک من جبر قلوبهن و حفظهن عن التحاسد و التباغض، و

فی الخبر(۱)عن أمیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه «من کان عنده امرأتان فإذا کان یوم واحده فلا یتوضأ عند الأخری»

بل فی

خبر معمر بن خلاد(۲)النهی عن ذلک، فإنه سأل الرضا علیه السلام «عن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۳ و فیه « ان علیا علیه السلام کان له امرأتان، فکان إذا کان یوم واحده لا یتوضأ فی بیت الأخری».

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۲.

تفضیل نسائه بعضهن علی بعض فقال: لا»

و إن کان من المعلوم عدم وجوبها، للأصل

و خبر عبد الملک بن عتبه الهاشمی (۱)سأل الکاظم علیه السلام «عن الرجل یکون له امرأتان یرید أن یؤثر إحداهما بالکسوه و العطیه أ یصلح ذلک؟ قال: لا بأس و اجهد فی العدل بینهما»

و ظاهر قوله تعالی (۲)«وَ لَنْ تَسْتَطِیعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَیْنَ النِّساءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِیلُوا کُلَّ

الْمَیْلِ» و غیر ذلک، و لذا أفتی الأصحاب باستحباب التسویه فی غیر ما دل الدلیل علی وجوبه من القسم و الإنفاق الواجبین و نحوهما، بل لا یبعد القول بکراهه التفاضل، لما سمعته من الخبر السابق (۳)، و الله العالم.

و کذا یستحب أن یکون فی صبیحه کل لیله عند صاحبتها للخبر(۴)المتقدم سابقا الذی منه قیل بالوجوب. و قد عرفت الحال فیه، و أن یأذن لها فی حضور موت أبیها و أمها لما فی منعها من ذلک من المشقه و الوحشه و قطیعه الرحم و إن کان له منعها عن ذلک و عن عیاده أبیها و أمها فضلا عن غیرهما و عن الخروج من منزله إلا لحق واجب لأن له الاستمتاع بها فی کل زمان و مکان، فلیس لها فعل ما ینافیه بدون إذنه، و منه الخروج إلی بیت أهلها و لو لعیادتهم و شهاده جنائزهم، و فی

خبر عبد الله بن سنان (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام «إن رجلا من الأنصار علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله خرج فی بعض حوائجه فعهد إلی امرأته أن لا تخرج من بیتها حتی یقدم، قال: و أن أباها مرض فبعثت إلی النبی صلی الله علیه و آله تستأذنه فی أن تعوده فقال: اجلسی فی بیتک و أطیعی زوجک، قالت:

فثقل فتأمرنی أن أعوده فقال: اجلسی فی بیتک و أطیعی زوجک، قال: فمات أبوها فبعثت إلیه إن أبی قد مات فتأمرنی أن أصلی علیه، فقال: اجلسی فی بیتک و أطیعی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۲۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۹۱- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

زوجک، قال: فدفن الرجل، فبعث رسول الله صلی الله علیه و آله أن الله تعالی غفر لک و لأبیک بطاعتک لزوجک»

بل منه یستفاد أن له منعها عن الخروج لغیر الحق الواجب و إن لم یکن منافیا لاستمتاعه المفروض امتناعه علیه بسفر أو غیره.

و قد ظهر لک من ذلک کله کیفیه القسم و زمانه، لکن المصنف ترک التعرض لمکانه، و فی القواعد «أما المکان فإنه یجب أن ینزل کل واحده منزلا- بانفراده، و لا- یجمع بین ضرتین فی منزل إلا- مع اختیارهن أو مع انفصال المرافق، و یستدعیهن علی التناوب، و له المضی إلی کل واحده لیله، و أن یستدعی بعضا و یمضی إلی بعض، و لو لم ینفرد بمنزل بل کان کل لیله عند واحده کان أولی، و لو استدعی واحده فامتنعت فهی ناشز لا نفقه لها و لا قسمه إلی أن تعود إلی الطاعه و هل له أن یساکن واحده و یستدعی إلیها؟ فیه نظر، لما فیه من التخصیص» لکن لا یخفی علیک خلو النصوص عن إفاده جمیع ما ذکره و کذلک آیه المعاشره بالمعروف (۱)بعد أن کان المراد منه ما وقته الشارع من القسم الواجب و النفقه، و کذلک قوله تعالی (۲)«أَسْکِنُوهُنَّ مِنْ حَیْثُ سَکَنْتُمْ مِنْ وُجْدِکُمْ، وَ لا تُضآرُّوهُنَّ لِتُضَیِّقُوا عَلَیْهِنَّ» بل ربما کان دالا علی خلاف بعض ما ذکره، نعم لا بأس بذلک سیاسه و جلبا للقلوب، و مراعاه لکمال العدل و نحو ذلک مما یصلح للاستحباب لا

الإیجاب المحتاج إلی دلیل مخصوص واف بالمطلوب.

نعم إن ظهر منه الإضرار بها بأن لا یوفیها حقها قسمه و غیرها استعدت علیه الحاکم لرفع ذلک عنها، و فی القواعد أیضا «أنه یأمره بأن یسکنها إلی جنب ثقه لیشرف علیها، فیطالبه الحاکم بما یمنعه من حقوقها، فإن أراد السفر بها لم یمنعه الحاکم، لکن یکاتب حاکم ذلک البلد بالمراعاه» و إن کان فیه أیضا نحو ما تقدم إلا أن الأمر فیه سهل، خصوصا بعد ما تسمعه فی السیاسه بینهما لو حصل الشقاق، و الله العالم.

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۹.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

[أما اللواحق فمسائل]

[المسأله الأولى القسم حق مشترک بين الزوج و الزوجه]

الأولى القسم بناء على وجوبه مطلقا حق مشترک بين الزوج و الزوجه لاشتراک ثمرته التى هى الاستمتاع لكل منهما بل و على المختار أيضا على معنى أنه حيث يجب و لو بالشروع يكون مشتركا بينهما، فما فى المسالک- من أن ذلک إنما يوافق القول بوجوبه مطلقا خاصه، إذ الحق بناء على القول الأخر مختص بالزوج دون غيره- فى غير محله، ضروره أن المختص به الشروع به لا بعده، فإنه حينئذ يكون حقا لهما إلى تمام الدور، بل الظاهر أن المراد بالقسم هو ذلک، و حينئذ فلا حاجه إلى الاعتذار فيها عن المصنف و غيره ممن عبر بهذه العباره مع عدم قوله بوجوب القسم مطلقا باحتمال إراده الأعم من الواجب من الحق، ضروره معلوميه الاشتراک فى ثمرته، و إنما الكلام فى اشتراک حقيته أو اختصاصها بالزوج، ثم قال: «و لو أراد بالحق ما هو أعم من الواجب فلا بد من استعماله فى معنييه، فليدخل حق الزوج فيه، فإنه واجب، و يمكن حينئذ أن يريد القدر المشترک بين الواجب و غيره، و هو الراجح مطلقا، و قد كان يمكن تفريع قوله «فلو أسقطت حقها منه» على الحكم بكونه حقا للزوج فليس لها حينئذ إسقاط نصيبها من القسم إلا برضاه، و تحصل المطابقه بين الحكمين» إذ قد عرفت أن الحكم بالاشتراک متجه على التقديرين.

و على كل حال فلو أسقطت حقها منه كان للزوج الخيار بين الرضا

بذلك و عدمه، لما سمعته من الاشتراك بينهما المقتضى لعدم سقوط أحدهما بإسقاط الأخر، و منه يعلم صوره العكس، و هى لو أسقط هو حقه من ذلك كانت الزوجه بالخيار، للاشتراك المزبور، و لعل اقتصار المصنف باعتبار كون الغالب وقوع ذلك، و الظاهر أن المراد بالإسقاط هنا الاذن منها، لا أنه كإسقاط الحقوق التى تسقط بالإسقاط على وجه لم يكن لصاحب الحق العود اليه، و لا أنه من قبيل ما فى الذمه. و ذلك لأنه استمتاع فى زمان مستمر، فما دامت مستمره هى على الاذن فى ذلك كان ساقطا، فإذا رجعت عن الاذن كان الحق لها، بل لو خرجت عن قابليه الاذن بإغماء أو جنون لم يستمر السقوط.

و لها أن تهب ليلتها للزوج أو بعضهن مع رضاه لتسلطها على حقها كالمال، إلا أنه لما كان مشتركا بينها و بين الزوج اعتبر رضاه، و

للمرسل عن النبى صلى الله عليه و آله (۱)«إن سوده بنت زمعه لما كبرت وهبت نوبتها لعائشه فكان النبى صلى الله عليه و آله يقسم لها يوم سوده و يومها»

نعم الظاهر أن إطلاق الهبه على ذلك توسع، باعتبار أنه ليس من موردها الذى هو الأعيان، نعم الظاهر اعتبار القبول من الموهوبه، فان لم تقبل لم ينتقل الحق إليها.

و من هنا يمكن أن يقال: بجريان جميع أحكام الهبه على ذلك، فيكون الخارج بما هنا من النص و الفتوى تعلق الهبه بغير العين، لكن الإنصاف أن ذلك ليس بأولى من القول بعدم جريان شى ء من أحكام الهبه عليها و عدم اندراجها فى إطلاق دليلها و إن شاركتها فى بعض الأحكام، فلا يجرى عليها حكم هبه الرحم و نحو ذلك من أحكام الهبه، و إطلاق لفظ الهبه فى المرسل و العبارات كله من باب التوسع، و إلا فالمراد الاذن منها فى إسقاط حقها على وجه مخصوص، و هو وضعه عند واحده منهن، و أما هبتها للزوج فليس معناه إلا الإسقاط.

و من هنا قال المصنف فان وهبت للزوج وضعها حيث شاء منهن

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۷ ص ۲۹۶.

و من غيرهن و لو بأن يترك المبيت فيها عند أحد منهن، ثم إن كانت نوبه الواهبه متصله بنوبه الموهوبه بات عندها ليلتين على الولاء، و إن كانت منفصله فالأصح كما فى المسالك وجوب مراعاه النوبه فيهما، لأن لها حقا من بين الليلتين سابقا، فلا يجوز تأخيره، و لأن الواهبه على تقدير تأخر ليلتها قد ترجع بين الليلتين، و الموالاه تفوت حق الرجوع، و إن وهبت حقها من الزوج فله وضعه حيث شاء، بمعنى أنه ينظر فى ليله الواهبه و ليله التى يريد تخصيصها أ هما متواليان أم لا؟ و يكون الحكم على ما سبق.

و إن وهبتها لهن أجمع وجب قسمتها عليهن على معنى المبيت عند كل واحده منهن بعض الليله، و لو رضين بقسمتها ليال على معنى أن يكون عند واحده منهن فى كل دور جاز أيضا، و اتفاق رجوعها بعد استيفاء إحداهن دون الأخرى غير قادح، و مثله يأتى فى القسمه أبعاضا، و من هنا كان المتجه القرعه فى الابتداء مع التشاح، فينحصر الخسران حينئذ بالتى حصل رجوع الواهبه قبل استيفائها.

و إن وهبتها لبعض منهن معينه اختصت بالموهوبه على حسب ما عرفت. هذا و لكن فى المسالك «و إن وهبت حقها من جميعهن وجبت القسمه بين الباقيات، و صارت الواهبه كالمعدومه، و مثله ما لو أسقطت حقها مطلقا، هذا إذا لم نوجب القسمه ابتداء، و إلا لم يتم تنزيلها كالمعدومه فيما لو كن أربع، لاشتراكهن حينئذ فى تمام الدور، و هو الأربع، و لو جعلناها معدومه فضل له ليله، و الواجب على هذا التقدير أن يرجع الدور على ثلاث دائما ما دامت الواهبه مستحقه، بخلاف ما لو طلقها أو نشزت، فان حكم ليلتها ساقط و تصير كالمعدومه محضا و على التقدير الأخر يفضل له ليله» و هو جيد.

لكن قد يناقش بعدم الفرق بين القولين فى عدم تماميه التشبيه، اللهم إلا أن يكون المراد أنه لا حق لها تهبه على القول بالوجوب بالشروع، فمرجع هبتها حينئذ إلى تنزيلها منزله العدم، و فيه نظر، ضروره إمكان هبتها فى أثناء الدور،

و إمكـان عـدم الحق لها و إن كان معلقا على الشـروع كما نبه عليه قوله و كـذا لو وهبت ثلاث منهن لياليهن للرابعه لزمه المبيت عنـدها من غير إخلال الـذى وافقه عليه فى المسالك، حيث قال: «و لو فرض هبه الجميع لواحده انحصـر الحق فيها، و لزمه مبيت الأربع عندها على تقدير القول بوجوب القسـمه دائما، و لا ينزل حينئذ منزله الواحده، بل بمنزله الأربع، و على القول الأخر يجب عليه إكمال الـدور لها حيث ابتـدأ به، و يسـقط عنه بعد ذلك إلى أن يبتدئ به فيجب عليه إكمال الأربع، و هكذا. و يجرى عليه أيضا قوله: «لزمه المبيت عندها من غير إخلال» يعنى بالدور الواجب» فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا وهبت و رضى الزوج صح]

المسأله الثانيه إذا وهبت و رضى الزوج الذى قد عرفت اعتبار رضاه للاشتراك فى الحق الذى علمته صح لما تقدم.

و لو رجعت كان لها ذلك و لكن فى غير ما مضـى و إن كانت الموهوبه رحما لها، لعـدم كونها هبه حقيقه، و لعـدم القبض فيما رجعت فيه، و من هنـا كـان لا يصـح رجوعها فى الماضـى بمعنى أنه لا يقضـى لكونه بمنزله التلف المانع من الرجوع به و يصـح فيما يستقبل الذى هو متجدد و لا قبض فيه، فلها الرجوع فيه بحيث لو رجعت فى أثناء الليل و علم به خرج من عند الموهوبه.

و لو رجعت و لم يعلم الزوج بذلك لم يقض ما مضـى قبل علمه للأصل بعد عدم التقصير منه، و فى المسالك «فى المسأله وجه آخر، أنه يقضـى كما قيل بانعزال الوكيل قبل العلم بالعزل، و الحق الأول» قلت: هو لا يخلو من قوه باعتبار انكشاف استيفاء حقها مع عدم إذنها، و عدم التقصير لا مدخليه له فى تدارك الحق لذيه، و ليس هو كالمال المأذون فى أكله الذى تأتى فيه قاعده

الغرور، كما أنه ليس من قسم الوكاله التى ثبت بالنص (۱)و الفتوى عدم انفساخها قبل العلم، بعد حرمه القياس عندنا، فيتجه حينئذ التدارك لها، خصوصا مع علم الزوجه دونه،

فإنها حينئذ هى ظالمه تقاص من ليلتها، لأن الْحُرُماتُ قِصاصٌ (۲)و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو التمست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم قيل لا]

المسأله الثالثه لو التمست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم؟ قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه لا يلزم لأنه حق لا يتقوم منفردا أى غير مالى، لعدم كونه فى مقابله عين أو منفعه، و إنما هو مأوى و مسكن فلا- تصح المعاوضه عليه و الأقوى خلافه، لإطلاق أدله الصلح مثلا الشامله لمثل ذلك من الحقوق كحق الخيار و الشفعه، من غير فرق بين الصلح على إسقاطه أو انتقاله فيما كان قابلا منه للانتقال، كما فى المقام، مضافا إلى

خبر على بن جعفر(۳)عن أخيه موسى عليه السلام «سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما: ليلتى و يومى لك يوما أو شهرا أو ما كان، أ يجوز ذلك؟ قال: إذا طابت نفسها و اشترى منها ذلك فلا بأس»

و من المعلوم أن إطلاق الشراء مجاز، لأن البيع متعلق بالأعيان، فهو كنايه عن المعاوضه عليه بالصلح مثلا.

و الظاهر عدم اختصاص ذلك بالزوج، بل يجوز للنساء بعضهن مع بعض، لكن مع إذن الزوج، للإطلاق المزبور، كما أن الظاهر جوازه لهن بتبديل ليله بعضهن بالأخرى لذلك أيضا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من كتاب الوكاله.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۹۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲.

هـذا و فی المسالـک «حیث لاـ تصـح المعـاوضه یجب علیها رد العوض إن کانت قبضـته، و یجب القضاء لها إن کانت لیلتها قد فـاتت، لأـنه لم یسـلم لها العوض، هـذا مع جهلهما بالفساد أو علمهما و بقاء العین، و إلا أشـکل الرجوع، لتسـلیطه لها علی إتلافه بغیر عوض حیث یعلم أنه لاـ یسـلم له، کمـا فی الـبیع الفاسـد مع علمهمـا بالفسـاد» و فیه أنه لاـ یتم مع فرض کون البـذل بعنوان المعـاوضه التی لم یتم له فیهـا المعوض و عـدم الرجوع فی البیع الفاسـد لو سـلم فلـدلیل خـاص من إجمـاع و نحوه، ضـروره أن التسلیط المزبور لو اقتضی عدم الرجوع لاقتضی فی المعوض أیضا کما فی العوض، و قد تقدم تحقیق المسأله فی محله.

[المسأله الرابعه لا قسمه للصغیره]

المسأله الرابعه لا قسـمه للصـغیره و لا المجنونه المطبقه و لا الناشـزه و لا المسافره بغیر إذنه بمعنی أنه یؤدیه ذلک لهن فعلا و لا یقضـی لهن عما سـلف أما فی الأولی و الثالثه فلا أجد فیه خلافا هنا، و ذلک لأن القسمه من جمله حقوق الزوجیه، و هی بمنزله النفقه التی تسـقط بالصـغر و النشوز، و لعله کذلک فی الناشـزه، أما الصغیره القابله للاستمتاع الملتذه به فلا دلیل علیه، لاندراجها فی اسم الزوجه التی قـد سـمعت ما یـدل (۱)علی اسـتحقاقها اللیله من الأـربع، و سـقوط النفقه المشـروطه بالـدخول لو قلنا به لا یقتضی سقوط حقها من القسم، اللهم إلا أن یشک فی شمول

أدلته لمثلها، و الأصل البراءه، و لعله کذلک.

و أمـا المجنونه المطبقه فقـد علـل بأنها لا عقل لها یـدعوها إلی الأنس بالزوج و التمتع به، و هو کما تری أخص من المـدعی، و لذلک قال فی المسالک:

«و الأـولی تقییـد المطبقه بمـا إذا خـاف أذاهـا أو لم یکن لها شـعور بالإنس به و إلا لم یسـقط حقها منه» و ربما یؤیـد ذلک فی الجمله ما سمعته سابقا فی جنون الزوج،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ و ۹- من أبواب القسم و النشوز.

نعم يمكن الشک أيضا، فى تناول الأدله للمجنونه على حسب ما سمعته فى الصغيره، خصوصا مع ظهور المفروغيه منه عند المصنف و غيره، و كان التقييد بالمطبقه لإخراج ذات الأدوار، فإنه لا يسقط حقها حال إفاقتها قطعا، أما حال أدوارها فيشكل الفرق بينها و بين المطبقه أداء و قضاء.

و المسافره بغير إذنه فى غير واجب أو ضرورى من الناشز التى قد عرفت الحال فيها، نعم إن كان فى واجب مضيق أو بإذنه فى غرضه لم يسقط حقها، و وجب القضاء لها بعد الرجوع على ما صرح به بعضهم، بل ظاهره عدم الخلاف فيه، لاقتصاره فى حكايته على ما إذا كان بإذنه فى غرضها، قال: «فيه قولان، من الاذن فى تفويت حقه فيبقى حقها، و من فوات التمكين و الاستمتاع المستحق عليها لأجل مصلحتها، و الاذن إنما تؤثر فى سقوط الإثم، و فوات التسليم المستحق و إن كان بسبب غير مأثوم فيه يوجب سقوط ما يقابله، كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب يعذر فيه، فإنه يسقط تسليم الثمن، و الأول خيره العلامه فى التحرير و الثانى خيرته فى القواعد» قلت: مبنى المسأله على الظاهر أمران: (أحدهما) أصاله تدارک هذا الحق و قضائه أولا (ثانيهما) أن ظاهر أدله القسم شمولها لمثل المفروض أو أنها ظاهره فى الزوجات القابله للتقسيم عليهن، و لعل الأقوى الأول فى الأول، و الثانى فى الثانى، و هو كاف فى سقوط الحق لها، بل منه ينقدح الشک أيضا فى ثبوته فى الأولين إن لم يكن إجماعا، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لا يزور الزوج الضره فی ليله ضرتها]

المسأله الخامسه لا يجوز أن يزور الزوج الضره فی ليله ضرتها بغير إذنها، لما فی ذلك من منافاه العدل و الإيذاء غالبا، و لأنها مستحقه لجميع أجزاء الليله فلا يجوز صرف شی ء منها إلی غيرها إلا بما جرت به العاده، أو دلت قرائن الأحوال علی إذنها فيه، كالدخول علی بعض أصدقائه و الاشتغال ببعض العباده و نحو ذلك، و لا ريب فی عدم دخول زياره الضره فيه و احتمال أن المستثنی زمان أمثال ذلك فله وضعه حيث شاء، مناف لظاهر الأدله إن لم يكن المقطوع به منها.

نعم لو كانت مريضه جاز له عيادتها لقضاء العاده، كما تجوز عياده الأجنبی، و لعدم التهمه فی زيارتها حينئذ، لمكان المرض بخلاف الصحه، و لذا قيده بعضهم بكون المرض ثقيلا و إلا لم يصح، ثم إن خرج من عندها فی الحال لم يجب قضاؤه حتی لو فرض فی حال عصيانه به، لكونه قدرا يسيرا لا يقدح فی المقصود و لم يفد تداركه ف يبقی علی الأصل.

و إن استوعب الليله عندها فی غير العياده أو طال مكثه كذلك فلا شبهه فی القضاء، و إن استوعبها فيها لاقتضاء المرض ذلك ف هل يقضيها؟ قيل: نعم، لأنه لم يحصل المبيت لصاحبتها و الأصل التدارك، و تممه فی المسالك بأنه ليس من ضرورات الزياره الإقامه طول الليله، فهو ظلم، و كل ظلم للزوجه فی المبيت يقضی و قيل: لا يقضی كما لو زار أجنبيا، و هو أشبه عند المصنف، لكن فی المسالك «أن الأول أقوی، و الفرق بين الأمرين واضح، و الأصل ممنوع فإن زياره الأجنبی مشروطه بعدم استيعاب الليله».

قلت: محل البحث علی الظاهر ما إذا اقتضی الحال استيعاب الليله عندها لتمريضها، و المراد بالتشبيه بزياره الأجنبی أنه يكون معتادا كأصل الزياره، لا

أن المراد الزياره المستوعبه، و حينئذ لا يكون فيه ظلم للزوجه، فيبنى على أصاله التدارک مع عدم الظلم، و يمكن أن يكون بناء المصنف عدم التدارک فيما لا يكون ظلما، و هو لا يخلو من وجه و إن كان الأقوى خلافه. و على كل حال لا يحتسب على المريضه نعم لو طال المكث عندها بغير عياده اقتص منها بمثله فى نوبتها.

أما لو طال المكث عند غير الضره قضاه من ليلته إن بقيت له ليله، و إلا بقيت المظلمه فى ذمته إلى أن يتخلص منها بمسامحه و نحوها.

و لو دخل على إحدى الضرات فى ليله الأخرى فواقعها ثم عاد إلى صاحبه الليله لم يقض المواقعه قطعا فى حق الباقيات للأصل و لأن المواقعه ليست من لوازم القسمه نعم يتجه قضاء زمان المواقعه مع طوله، لما عرفت، و إن لم يطل ففى المسالک فالإثم خاصه، قلت: فى الإثم أيضا نظر، و عن بعض العامه وجوب قضاء الجماع للمظلومه فى ليله المجامعه كما فعله لها، ثم يذهب إليها ليحصل العدل و إن لم يكن الجماع واجبا فى نفسه، و هو كما ترى بعد عدم وجوب العدل بنحو ذلک، و الله العالم.

[المسأله السادسه لو جار فى القسمه قضى لمن أخل بليلتها]

المسأله السادسه:

لو جار فى القسمه قضى لمن أخل بليلتها بلا خلاف لكنه مشروط ببقاء المظلوم بهن فى حباله، و بأن يفضل له من الدور فضل يقضى، فلو كان عنده أربع فظلم بعضهن فى ليلتها بأن ترک المبيت فيها عندها و عند ضراتها لم يمكنه القضاء، لاستيعاب الوقت بالحق على القول بوجوب القسمه ابتداء فيبقى فى ذمته إلى أن يتمكن بطلاق واحده أو نشوزها أو موتها أو غير ذلک مما يكون سببا لرجوع شى ء من الزمان اليه يتمكن فيه من القضاء أو يسترضيهن بمال أو غيره، نعم لو كان ظلمه بالمبيت عندهن فان جعل ليلتها لواحده معينه قضاها من دورها، و إن ساوى بينهن و أسقط المظلومه من رأس قضى لها من الزمان بقدر ما فاتها، بل قيل: مواليا إلى

أن يتم لها حقها ثم يرجع إلى العدل، و وجهه ما تسمعه.

و كذا لا يتمكن من القضاء لو تزوج ثلاثا مثلا بعد مفارقه المظلوم بهن، فإن المظلومه لا حق لها عند المتجددات، نعم لو أمكن الجمع بين حق الجديده و القضاء اتجه حينئذ ذلك. كما لو فارق واحده منهن و تزوج أخرى أمكن القضاء من دور المظلوم بهما دون الجديده، فيعطيها من كل دور ثلاثا و للجديده ليله إلى أن يكمل حقها ثم يرجع إلى العدل، فلو كان معه ثلاث نسوه مثلا فبات عند اثنتين منهن عشرين ليله مثلا فاستحقت الثالثه عنده عشرا- بل قيل: و عليه أن يوفيها إياه ولاء، لأنها قد اجتمعت فی ذمته، و هو متمكن من وفائها، فلا يجوز أن يؤخر و إن كان لا يخلو من نظر- فنكح جديده بعد العشرين لم يجز أن يقدم قضاء العشره، لأنه ظلم على الجديده، بل يوفيها أولا حق الزفاف من ثلاث أو سبع ثم يقسم الدور بينها و بين المظلومه فيجعل لها ليله و للمظلومه ليلتها و ليلتی الظالمتين، و هكذا ثلاثه أدوار فيوفيها تسعا، و يبقى لها ليله.

قال فی المسالك: «فان كان قد بدأ بالمظلومه بات بعد ذلك ليله عند الجديده، لحق القسم ثم ليله عند المظلومه لتمام العشر، و يثبت للجديده بهذه الليله ثلث ليله، لأن حقها واحده من أربع، فإذا أكمل لها ثلث ليله خرج باقی الليل إلى مكان خال عن زوجاته ثم يستأنف القسمه للأربع بالعدل، و إن كان قد بدأ بالجديده فإذا تمت التسع للمظلومه بات ثلث ليله عند الجديده و خرج باقی الليل كما وصفناه، ثم بات ليله عند المظلومه ثم قسم بين الكل بالسويه» و فيه نظر كقوله فيها: «إنه قد يحتاج إلى التبعيض بغير الظلم، كما لو كان يقسم بين نسائه فخرج فی نوبه واحده لضروره و لم يعد أو عاد بعد وقت طويل، فيقضی لها من الليله التی بعدها مثل ما خرج، و يخرج باقی الليل إلى المسجد أو نحوه كما قررناه و يستثنی من الخروج ما إذا خاف اللص و العسس أو لم يكن فی داره مكان منفرد يصلح لمنامه بقيه الليله، فيعذر فی الإقامه، و الأولى أن لا يستمتع فيما وراء زمان القضاء» فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله السابعه لو كان له أربع فنشزت واحده سقط حقها]

المسأله السابعه:

لو كان له أربع فنشزت واحده سقط حقها و فضل له حينئذ من الدور ليله يضعها حيث يشاء لو كانت قسمته ليله ليله، أما إذا كانت أكثر من ليله ففى المسالك «استوعب دور القسمه أو زاد عليه، لأن أقل النسوه المتعددات أن يكونا اثنتين، فإذا جعل القسم بينهن اثنتين استوعب حقهما الدور، فيسقط حقه من الزائد، لأنه أسقطه بيده حيث اختار الزياده» و نسب ذلک إلى ظاهر مذهب الأصحاب فى مسأله الكتاب و نظائرها، قال: «و يدل عليه أن ثبوت حقه معهن و تفضيل بعضهن على بعض على خلاف الأصل، و الدلائل العامه من وجوب العدل و التسويه بينهن يدل على خلافه، و يقتصر فيه على مورد النص، و هو ثبوت حقه فى الزائد عن عددهم فى الأربع على القسمه ليله ليله على ما فى الروايه الداله من ضعف السند، و لو لا ظهور اتفاق الأصحاب عليه أشكل إثباته بالنص، و عامه الفقهاء من غير الأصحاب على خلافه، و أنه متى قسم لواحده عددا وجب أن يقسم للأخرى مثلها مطلقا مع تساويهما فى الحكم».

قلت: لا ريب فى ظهور النص (۱)المشتمل على الإشاره إلى الآيه الكريمه(۲)كما تقدم سابقا أن للرجل حقا فى القسم على نسبه الأربع، ضروره عدم الخصوصيه للأربع، و لا ينافى ذلک وجوب العدل و التسويه و عدم التفضيل، إذ ذلک كله خارج عن محل البحث الذى هو ثبوت حق لهن فيه و عدمه، فإنه لو فرض استيفاء نصيبه بغير الاستمتاع بأحد منهن لم يكن منافيا للعدل و لا مفضلا و لا تاركا للتسويه، و فتوى عامه غير الأصحاب بخلافه مما يؤكد حقيقته، لا أنه يوهنه بعد أن جعل الله الرشد فى خلافهم، و إطلاق المصنف و غيره فى المسأله لا ينافى ذلک، لمعلوميه إراده القسم من ذلک، بل كاد يكون صريح كلامهم، خصوصا بعد عدم سوقه لمحل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۶.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآيه ۴.

البحث، كما هو واضح.

فلا ريب فى أن المتجه أن له حقا على حسب نسبه الأربع، و لكن فى المسالك يسهل الخطب بدعوى أن الفائده إنما تظهر على القول بوجوب القسمه ابتداء دائما أما على المختار و هو القول بوجوبها مع الابتداء بها خاصه و جواز الإعراض بعد ذلك فالأمر سهل، لأنهن إذا وفى لهن العدد الذى جعله لهن جاز له الاعراض عنهن، سواء كان له حق فى المده أم لا، مع أنه أيضا لا يخلو من نظر.

و على كل حال فإذا نشزت واحده من الأربع ثم قسم خمس عشره فوفى اثنتين ثم أطاعت الرابعه وجب أن يجمع بين حقى الباقيه و التى أطاعت، ف يوفى الثالثه خمس عشره و التى كانت ناشزا خمسا فيقسم الدور بينهما خاصه، للناشز ليله و للثالثه ثلاثا خمسه أدوار، فتستوفى الثالثه خمس عشره، و الناشز خمسا ثم يستأنف و ليس له أن يفى الثالثه خمس عشره متواليه، لمزاحمه حق المطيعه جديدا التى صارت بتجدد طاعتها كالمرأه الجديده التى قد عرفت الحال فيها، و هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الثامنه لو طاف على ثلاث و طلق الرابعه بعد دخول ليلتها أثم]

المسأله الثامنه:

لو طاف على ثلاث و طلق الرابعه مثلا- بعد دخول ليلتها أثم بذلك، كما فى المسالك حاكيا له عن الشيخ و غيره، بل ظاهره المفروغيه منه، إلا- أنه لا- يبطل به الطلاق، لكونه محرما لأمر خارج هو تفويت الحق، فيكون كالبيع وقت النداء من غير فرق فى المطلقه بعد حضور نوبتها بين الراغبه و غيرها، و لا- فى الطلاق بين كونه رجعيا و بائنا و إن تمكن فى الأول من التخلص بالرجوع، لكونه بقسميه سببا فى تعطيل الحق و اشتغال الذمه، و فيه إمكان عدم الإثم به، لأن

وجوب القسم مشروط بالبقاء على الزوجيه، و لا يجب عليه تحصيل الشرط، و ربما كان ما تسمعه من اختيار المصنف مبنيا على ذلك.

و على كل حال فلو كان رجعيا و رجع في العده وجب قضاء، و تخلص منها بغير إشكال كما في المسالك، لأن الرجعه أعادت الزوجيه الأولى كما كانت.

و إن تركها حتى انقضت عدتها أو كان الطلاق بائنا ثم تزوجها قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه يجب لها قضاء تلك الليله لأنه حق استقر في ذمته و أمكنه التخلص منه، فيجب و لكنه فيه تردد كما عن الإرشاد و ظاهر التلخيص ينشأ، من ذلك و من سقوط حقها بخروجها عن الزوجيه و تباين الحقوق بتباين النكاحين، فلا يفيد قضاء مثل ما فات في أحدهما في الآخر، بل يجب العدل في كل منهما، فلو قضى لها في الثاني لزم الجور على الأخر.

و بذلك يظهر لك وجه ما ذكرناه من الفرق بين الرجعه و التزويج الذي جعله المصنف عنوان المسأله إلا أنه مع ذلك و في المسالك أن الأقوى وجوب القضاء، لمنع الملازمه بين الخروج عن الزوجيه و سقوط الحقوق المتعلقه بها، و من ثم يبقى المهر و غيره من الحقوق الماليه و إن طلق، و تخصيص بعض الحقوق بالسقوط دون بعض لا دليل عليه، ثم فرع على ذلك وجوب التزويج لو توقفت البراءه عليه، و لو فرض إمكان التخلص بوجه آخر تخير بينهما، و حينئذ فلا يمنع من تزويج رابعه، لكون الفرض عدم الانحصار فيه، بل و على تقديره لم يقدح في صحه التزويج، لما سمعته من عدم اقتضاء مثل هذا النهى الفساد.

و لا يخفى عليك ما في ذلك كله بعد ما عرفت من ظهور الأدله في وجوب هذه الحقوق ما دامت الزوجيه باقيه، فهي من قبيل الواجب المشروط، و ليست مثل المهر و نحوه.

و كيف كان فمن المعلوم أن وجوب القضاء مع إمكانه و إلا فلا، كما إذا لم يبت في ليلتها عند واحده من الباقيات أو أنه فارق التي باتها عندها و تزوج

بجدیده مع المظلومه، أو نحو ذلک، فإنه لا یتمکن من القضاء ما دام تحته أربع زوجات، لاستیعاب حقوقهن اللیالی، بل و کذا إن فارق التی باتها عندها و لم یجدد نکاحها و لا- نکاح غیرها مع المظلومه بناء علی أنه لا عبره بالقضاء حینئذ إلا من نوبه المظلوم بها، و إن کان فیه نظر واضح، ضروره عدم الفرق بعد وصول حقها إلیها بین أن یکون من نوبتها أو مما فضل له من دوره، و الله العالم.

[المسأله التاسعه لو کان له زوجتان فی بلدین فأقام عند واحده عشرا کان علیه للأخری مثلها]

المسأله التاسعه:

لو کان له زوجتان فی بلدین فأقام عند واحده عشرا قیل و القائل الشیخ فی المحکی من مبسوطه کان علیه للأخری مثلها إذا کان ذلک منه علی جهه القسمه، و ما یمضی علیه فی السفر بین البلدین لا یحسب من لیالیه و لا من لیالی إحداهما و إن لم یکن علی وجه القسمه لم یلزمه للثانیه إلا خمس لأنه نصف الدور فنصف العشر حقها و نصفها تبرع، و لعله لحاجه الإطلاق المزبور إلی التقیید المذکور نسبه المصنف إلی القیل أو للشک فی وجوب القسم مع عدم اجتماع النساء فی بلد واحد، بل کان بینهما مسافه فصاعدا، فله حینئذ الإقامه عند کل واحده ما یشاء.

هذا و لکن فی المسالک بعد أن ذکر ذلک عن المبسوط قال: «وجهه ما أشرنا إلیه من أن المبیت عند واحده من الزوجات زیاده علی اللیله توجب المبیت عند الأخری مثلها مراعاه للعدل بینهن، و أن جواز المفاضله بین الاثنتین و الثلاث مشروط بجعل القسم لیله لیله و نقل المصنف له بصیغه القیل یؤذن باستشکاله، و وجهه ما علم من أن للزوج مع الا-ثنتین نصف الدور، فینبغی أن یکون له من العشر نصفها، و لکل واحده منهن ربع، فلا یلزمه للثانیه إلا لیلتان و نصف».

و لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما قدمناه سابقا خصوصا فیما ذکره أخیرا، بل لم أعثر علی غیره قد جزم بالحکم المزبور، و فی حاشیه الکرکی علی

الكتاب «هذا القول مشكل، لأن لها نصف القسم، فكيف يجب استيعابه للأخرى» و أجيب بوجوه ثلاثه (الأول) حمله على الاستحباب (الثانى) حمله على أن له زوجتين آخرتين، فان مفهوم الاسم ليس بحجه، و (الثالث) حمله على أنه استوفى حقه من القسم، و لم يذكر ما سمعته من المسالك وجها.

و كيف كان فمن المعلوم أنه يتخير فى وفاء الثانيه بين الذهاب إليها و استدعائها إليه، فإن امتنعت منه مع قدرتها سقط حقها، للنشوز حينئذ، و الله العالم.

[المسأله العاشره لو تزوج امرأه و لم يدخل بها فأقرع للسفر فخرج اسمها جاز له مع العود توفيتها حصه التخصيص]

المسأله العاشره:

لو تزوج امرأه و لم يدخل بها فأقرع للسفر فخرج اسمها من بين غيرها استصحبها معه، و لكن جاز له مع العود بل وجب عليه إن طلبته منه توفيتها حصه التخصيص التى هى الثلاث أو السبع لأن ذلك لا يدخل فى السفر، إذ ليس السفر داخلا فى القسم خلافا للمحكى عن الشيخ من الاكتفاء فى تخصيصها بما يحصل فى أيام السفر، لحصول المقصود بها و هو الأنس و زوال الحشمه، و فيه- بعد منع انحصار الفائده فى ذلك، بل يمكن أن يكون أهميه الاستمتاع بالجديده فى هذه المده، و كون هذه العله مستنبطه- أن أيام التخصيص من ليالى القسم التى فضلت بها مثل ما فضلت الحره على الأمه، و الاتفاق على أن أيام السفر لا تدخل فى القسم، و لذا لم يقض للمتخلفات ما فاتهن مع المصحوبه فكذلك هنا.

نعم لو كان المتزوج بهما جديدا اثنتين فاستصحب إحداهما فى السفر بالقرعه قضى حق المقيمه إذا حضر من الثلاث أو السبع، إما بعد قضاء حق المصحوبه أو قبله إن ترتبا فى النكاح أو بالقرعه، و ذلك لاستصحاب ما لها من الحق من غير ما يدل على إسقاط صحبه الأخرى فى السفر له، قيل كما أنه إذا قسم للأربع لكل منهن ليله فبات عند ثلاث ثم سافر و استصحب معه غير الرابعه، فإنه يبقى عليه

حق الرابعه، فـإذا عـاد وفاهـا حقهـا، و للعـامه وجه بالعـدم، للزوم تفضـلها، لأنه لم يقضـها ما لها من الحق، و إنما دخل حقها فى السفر، فلو قضى المقيمه حقها لزم التفضيل، و هو كما ترى، و الله العالم.

[القول فى النشوز]

القول فى النشوز:

و هو الخروج من الزوج أو الزوجه عن الطاعه الواجبه على كل واحد منهما للآخر و أصـله لغه الارتفاع يقال: نشز الرجل ينشز إذا كان قاعـدا فنهض قائما، و منه قوله تعالى (۱)«وَ إِذا قِيلَ انْشُـزُوا فَانْشُـزُوا» أى انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى، و سـمى خروج أحدهما نشوزا لأنه بمعصيته قد ارتفع عما أوجب الله تعالى عليه من ذلك للآخر، قيل: و لذلك خص النشوز

بمـا إذا كـان الخروج من أحـدهما، لأن الخارج ارتفع على الأخر فلم يقم بحقه، و لو كان الخروج منهما معا خص باسم الشـقاق كما يأتى، لاستوائهما معا فى الارتفاع، فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الأخر، و قال بعضهم:

يجوز إطلاـق النشوز على ذلـك أيضـا، نظرا إلى جعـل الارتفاع عما يجب عليه من الطاعه لا على صاحبه، و هو متحقق فيهما، و بعض الفقهاء أطلق على الثلاثه اسم الشقاق، و فى المسالك و الكل جائز بحسب اللغه، و لكن ما جرى عليه المصنف أوفق بقوله تعالى (۲)«وَ اللَّاتِى تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ» إلى آخره و قوله تعالى (۳):

«وَ إِنِ امْرَأَهٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً» إلى آخره و قوله تعالى (۴):

«وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما».

قلت: الظاهر تحقق اسم النشوز بخروج كل منهما عن الطاعه الواجبه عليه

۱- ۱ سوره المجادله: ۵۸- الآيه ۱۱.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآيه ۳۴.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۲۸.

۴- ۴ سوره النساء: ۴- الآيه ۳۵.

للآخر بل لا يبعد كون ذلك بمعنى ارتفاع كل منهما عن الأخر عما وجب عليه، نعم تحقق اسم الشقاق بخروج أحدهما دون الآخر بعيد، كما أن ما عن نهايه الشيخ من تخصيص النشوز بخروج الزوج عن الحق كذلك، بل هو خلاف الآيه الأولى و غيرها، و نحوه ما فى ظاهر أحكام الراوندى

فى اختصاصه بالعكس، إذ لا ريب فى أنه قد يكون من الزوج، كما يكون من الزوجه.

بل ربما ظهر من الصحاح و القاموس و المجمع صدق اسم النشوز لغه على المعنى العرفى، فإن فيها «نشزت المرأه تنشز نشوزا استعصمت على زوجها و أبغضته، و نشز عليها إذا ضربها و جفاها» و عن شمس العلوم «عصته و خالفته، و نشز عليها: ضربها و جفاها» و المصباح المنير «عصته و امتنعت عليه، و نشز عليها: تركها و جفاها» و النهايه «عصت عليه و خرجت عن طاعته، و نشز عليها: جفاها و أضر بها و كرهها و أساء صحبتها».

اللهم إلا أن يقال: إن حاصل ذلك منهم كون النشوز منها الاستعصاء و الكراهه، و منه الضرب و الهجر، و هو خلاف ما فى الشرع من كونه الامتناع من خصوص الحق الواجب عليه أو عليها و لذا قيل لم يكن من النشوز البذاء و إن أثمت به و استحقت التأديب، و لا الامتناع من خدمته و قضاء حوائجه التى لا تعلق لها بالاستمتاع، لعدم وجوب شى ء من ذلك عليها، و لا غير ذلك مما لا ينقص الاستمتاع بها.

و على كل حال ف قد ذكر المصنف و غيره أنه متى ظهر من الزوجه أمارته أى النشوز مثل أن تتقطب فى وجهه أو تبرم فى حوائجه المتعلقه بالاستمتاع أو تغير عادتها فى أدبها جاز له هجرها فى المضجع بعد عظتها، و صوره الهجر أن يحول إليها ظهره فى الفراش، و قيل: أن يعتزل فراشها، و الأول مروى عن الباقر و الصادق عليهما السلام (۱)و لا يجوز له ضربها و الحال هذه، أما لو وقع النشوز

۱- ۱ مجمع البيان- ذيل الآيه ۳۴ من سوره النساء عن الباقر عليه السلام و مجمع البحرين ماده:« هجر» عن الصادق عليه السلام.

و هو الامتناع عن طاعته فيما يجب له جاز ضربها و لو بأول مره و لكن يقتصر على ما يؤمل معه رجوعها ما لم يكن مدميا و لا مبرحا و ظاهره الفرق بين الموعظه و الهجر و بين الضرب، فيجوز الأولان على ظهور أمارات النشوز بخلاف الأخير، فلا يجوز إلا مع تحقق النشوز، نعم معه يجوز من أول مره، و لا يعتبر تقدم الوعظ أو الهجر بخلاف الأولين، فإن الثانى منهما مرتب على عدم نفع الأول، و هو أحد الأقوال فى المسأله، محكى عن المبسوط و الفاضل فى القواعد، و كان وجهه أن الأصل فى هذا الحكم الآيه الشريفه(۱)و هى قوله تعالى «وَ اللَّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ، فَإِنْ أَطَعْنَکُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلًا» و لا ریب فى ظهورها بترتب الأمور الثلاثه بخوف النشوز إلا أن الأخير منها لما علم بالإجماع المحكى عن المبسوط و الخلاف اعتبار النشوز فى جوازه المؤيد بقاعده عدم جواز العقوبه إلا على فعل المحرم وجب تقدير ذلك بالنسبه إليه فى الآيه، و بقيت على ظاهرها فى الأولين، و إطلاقها حينئذ يقتضى

جواز الضرب مع تحقق النشوز من غير تقدم الوعظ و الهجر، أما هما فمترتبان على حسب ترتب النهى عن المنكر.

و فيه أن الهجر تفويت لحقها الواجب عليه أيضا، فلا يجوز قبل تحقق الذنب، إذ هو عقوبه أيضا لا تجوز بدون فعل المحرم، و كونه أوسع من الضرب لا يقتضى جوازه بظهور أمارات المعصيه، و إلا لجاز الضرب، و دعوى الاكتفاء بظاهر الآيه فى جوازه يقتضى جواز الضرب أيضا، ضروره اتحاد الجميع بالنسبه إلى دلالتها اللهم إلا أن يقال: إن الإجماع السابق منع منه بالنسبه إلى الضرب بخلاف الأولين، أو يقال: إن ذلك أيضا محرم عليها و إن لم يكن نشوزا، فجوز عقابها بالهجر بخلاف الضرب المشروط جوازه بالنشوز للإجماع السابق، إلا أن الجميع كما ترى مجرد اقتراح و تعسف بلا شاهد معتد به.

و من هنا كان ظاهر المصنف فى النافع ترتب الثلاثه على ظهور أمارات النشوز

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۴.

من غير فرق بين الضرب و غيره، إلا أنها مترتبه على حسب ترتب النهى عن المنكر فجوازها حينئذ مع النشوز مستفاد من الأولويه، و فيه أنه و إن وافق ظاهر الآيه بالنسبه إلى ثبوت الثلاثه على خوف النشوز، لكنه مناف لظاهرها بالنسبه إلى التخيير بين الثلاثه و الجمع، لأن الواو لمطلق الجمع، اللهم إلا أن يستفاد من ترتب أفراد النهى عن المنكر، لكن الكلام فى أن ذلك منها؟ ضروره عدم النشوز بها و عدم ثبوت حرمتها بدونه، على أنه مناف أيضا لما سمعته من الإجماع المحكى المعتضد بما عرفت من عدم جواز الضرب إلا على النشوز.

و من هنا عكس ابن الجنيد فيما حكى عنه بجعل الأمور الثلاثه مترتبه على النشوز بالفعل، و لم يذكر الحكم عند ظهور أماراته، و جوز الجمع بين الثلاثه ابتداء من غير تفصيل، فقال: «و للرجل إن كان النشوز من المرأه أن يعظها و يهجرها فى مضجعها، و له أن يضربها غير مبرح» و يظهر منه جواز الجمع بين الثلاثه و الاجتزاء بأحدها أو باثنين منها، و لعله لأن ذلك حقه، فله فيه الخيار و لأن الواو لمطلق الجمع المقتضى جوازه و التخيير، و المراد من الخوف فى الآيه العلم، لقوله تعالى(۱):

«فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً» فأول الخوف و استغنى عن الإضمار الذى تكلفه غيره.

لكنه فيه أنه مناف لقاعده ترتب أفراد النهى عن المنكر، بل يمكن دعوى أن يكون المراد من الآيه ذلك، و لعله لذا جعل العلامه فى الإرشاد الثلاثه مترتبه على النشوز بالفعل، كما سمعته من ابن الجنيد، لكن جعلها مترتبه مراتب الإنكار.

و لعل ذلك أولى من جميع ما تقدم، و مما عن بعض العلماء من التفصيل أيضا من جعل الأمور الثلاثه مترتبه على مراتب ثلاثه من حالها، فمع ظهور أمارات النشوز يقتصر على الوعظ، و

مع تحققه قبل الإصرار ينتقل إلى الهجر، فان لم ينجع و أصرت انتقل إلى

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۸۲.

الضـرب، فيكون معنى الآيه: و اللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن، فان نشزن فاهجروهن فى المضاجع، فان أصررن فاضربوهن. إذا هو أيضا كما ترى و إن حكى عن العلامه فى التحرير موافقته.

و انمـا المتجه مـا سـمعته من الإرشـاد الـذى هـو يرجـع أيضـا إلى إراده و إن خفتم اسـتمرار نشـوزهن، بـل يمكن القطع بـذلك بملاحظه ما ورد من النصوص (۱)فى قوله تعالى (۲)«وَ إِنِ امْرَأَةٌ خـافَتْ مِنْ بَعْلِهـا نُشُوزاً أَوْ إِعْراضـاً» و فى قوله تعالى (۳)«وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما» ضروره اتحاد المساق فى الجميع، كضروره اتحاد المراد من الخوف و النشوز فى الكل و إن كان للرجل مع كراهته للمرأه مفرا بطلاقها بخلافها هى.

فمن الغريب تكثير القيـل و القـال هنـا و اتفاقهم ظاهرا على إراده ذلك فى آيه الشـقاق، بل لا يبعـد إراده الكراهه من النشوز فى الآيه على وجه ينقص اسـتمتاعه بها و لو بالتقطب فى وجهه و إسـماعه الكلام الغليظ، و نحو ذلك مما يذهب الرغبه فى مقاربتها و

الاستمتاع بها، كما تسمع إنشاء الله النصوص (۴)الوارده فى قوله تعالى(۵):

«وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً» إلى آخره بل فى

خبر زراره(۶)المروى فى تفسير العياشى عن أبى جعفر عليه السلام «إذا نشزت المرأه على الرجل فهى الخلعه، فليأخذ منها ما قدر عليه، و إذا نشز الرجل مع نشوز المرأه فهو الشقاق»

إشاره إليه.

و من ذلـك كله يظهر لـك النظر فى جمله من كلمـاتهم حتى مـا فى المسالك و غيرها من أن المراد بظهور أمارات النشوز تغير عادتها معه فى القول أو الفعل،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱ و ۱۲ و ۱۳- من أبواب القسم و النشوز.

۲- ۲ النساء: ۴- الآيه- ۱۲۸.

۳- ۳ النساء: ۴- الآيه- ۳۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز.

۵- ۵ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۲۸.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۵.

بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو غير مقبله بوجهها معه بعد أن كانت تقبل، أو تظهر عبوسا أو إعراضا و تثاقلا و دمدمه بعد أن كانت تلطف به و تبادر اليه و تقبل عليه، و نحو ذلك، و التقييد بتغيير العاده احترازا عما لو كان ذلك من طبعها ابتداء، فإنه لا يعد أماره النشوز، نعم مثل التبرم فى الحوائج لا يعتبر فيه العاده، لأن ذلك حقه، فعليها المبادره إليها ابتداء، و لا عبره بالعاده بخلاف الآداب، و هذه الأمور و

نحوها لا تعد نشوزا، فلا تستحق عليه ضربا على الأقوى، بل يقتصر على الوعظ، فلعلها تبدئ عذرا أو ترجع عما وقع من غير عذر.

و يظهر من مجوز الضرب بل الهجر أنها أمور محرمه و إن لم يكن نشوزا، و الضرب لأجل فعل المحرم، ثم قال: «ليس من النشوز و لا من مقدماته بذاءه اللسان و الشتم، و لكنها تأثم به و تستحق التأديب عليه، و هل يجوز للزوج تأديبها على ذلك و نحوه مما لا يتعلق بالاستمتاع أم يرفع أمره إلى الحاكم؟ قولان تقدما فى كتاب الأمر بالمعروف، و الأقوى أن الزوج فيما وراء حق المساكنه و الاستمتاع كالأجنبى و إن نغص ذلك عيشه و كدر الاستمتاع- و قال أيضا- المراد بحوائجه التى يكون التبرم بها أماره النشوز ما يجب عليها فعله من الاستمتاع و مقدماته، كالتنظيف المعتاد و إزاله المنفر و الاستحداد، بأن تمتنع و أو تتثاقل إذا طلبها على وجه يحوج زواله إلى تكلف و تعب، و لا أثر لامتناع الدلال و لا للامتناع من حوائجه التى لا تتعلق بالاستمتاع، إذ لا يجب عليها ذلك، و فى بعض الفتاوى المنسوبه إلى فخر الدين أن المراد بها نحو سقى الماء و تمهيد الفراش، و هو بعيد جدا، لأن ذلك غير واجب عليها، فكيف يعد تركه نشوزا؟» فان الجميع كما ترى، ضروره تحقق النشوز بالعبوس و الاعراض و التثاقل و إظهار الكراهه له بالفعل و القول و نحوهما مما ينقص استمتاعه بها و تلذذه بها، بل لا ينبغى التأمل فى تحققه بتبرمها بحوائجه المتعلقه بالاستمتاع أو الداله على كراهتها له، بل لعل ما سمعته من الفخر يراد منه ذلك، بل لعل إطلاق المتن مثله أيضا، كضروره اقتضاء آيه «الرِّجالُ قَوَّامُونَ

عَلَى النِّساءِ»(۱)و «قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ ناراً»(۲)إلى آخرها و غيرهما تولى تأديبها، خصوصا فيما يتعلق به نفسه.

و على كل حال فالمراد بالهجر فى المضجع ما صرح به غير واحد من الأصحاب توليتها ظهره فى الفراش، كما عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (۳)بل عن المبسوط نسبته إلى روايه أصحابنا(۴)، و عن مجمع البيان إلى الباقر عليه السلام (۵)و لكن عن المبسوط و السرائر هو أن يعتزل فراشها، و عن المفيد التخيير بينهما، و فى الرياض أنه أقوى، لاندراجهما فى الهجر عرفا.

قلت: يمكن دعوى الترتيب فى أفراده أيضا على حسب الترتيب فى أفراد النهى عن المنكر، نعم ما عن تفسير على بن إبراهيم (۶)من سبها لا دليل عليه، و كذا الكلام فى الضرب، فيقتصر على ما يؤمل معه طاعتها، فلا يجوز الزياده عليه مع حصول الغرض به، و إلا تدرج إلى الأقوى فالأقوى ما لم يكن مدميا و لا مبرحا، و ابتداؤه الضرب بالسواك.

و عليه يحمل ما عن الباقر عليه السلام (۷)من تفسيره به، لا أنه منتهاه، ضروره منافاه إطلاقه الآيه(۸)و ما دل على النهى عن

المنكر(۹)و بعده عن حصول الغرض به دائما، مضافا إلى إطلاق كلمات الأصحاب.

نعم ينبغى اتقاء المواضع المخوفه كالوجه و الخاصره و مراق البطن و نحوه،

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۳۴.

۲- ۲ سوره التحريم: ۶۶- الآيه ۶.

۳- ۳ البحار ج ۱۰۴ ص ۵۸ ط الحديث.

۴- ۴ المبسوط ج ۴ ص ۳۳۸ ط الحديث.

۵- ۵ مجمع البيان ذيل الآيه ۳۴ من سوره النساء.

۶- ۶ البحار ج ۱۰۴ ص ۵۵ ط الحديث.

۷- ۷ مجمع البيان ذيل الآيه ۳۴ من سوره النساء.

۸- ۸ سوره النساء: ۴- الآيه ۳۴.

۹- ۹ سوره آل عمران: ۳- الآيه ۱۰۴.

و أن لا- یوالی الضرب علی موضع واحد، بل یفرق علی المواضع الصلبه مراعیا فیه الإصلاح لا- التشفی و الانتقام، بل فی المسالک أنه یحرم بقصده مطلقا، بل بدون القصد المأذون لأجله، و لو حصل بالضرب تلف وجب الغرم، لإطلاق أدلته الذی لا ینافیه الرخصه فیه، مع أن المرخص فیه غیر المفروض من الضرب، کما لا ینافیه عدم الضمان بضرب الولی الصبی تأدیبا الذی یمکن الفرق بینهما بعد تسلیم ذلک فیه بأن ضرب الزوج لمصلحته بخلافه فی الولی الذی هو محسن محض، و لذا کان للأول العفو بل فی بعض النصوص النهی عن الضرب (۱)بخلاف الثانی، و الله العالم هذا کله فی نشوز الزوجه.

و أما إذا ظهر من الزوج النشوز بمنع حقوقها الواجبه من قسم و نفقه و نحوهما فلها المطالبه بها و وعظها إیاه، و إلا رفعت أمرها إلی الحاکم و کان للحاکم إلزامه بها، و لیس لها هجره و لا ضربه، کما صرح به غیر واحد مرسلین له إرسال المسلمات و إن رجت عوده إلی الحق بهما، لأنهما متوقفان علی الاذن الشرعی و لیست، بل فی الآیتین (۲)ما

ینبه علی تفویض ذلک إلیه لا- إلیها، و أنه هو اللائق بمقامه و مقامها، و لا بأس به و إن نافی إطلاق أدله الأمر بالمعروف، إذ یمکن دعوی سقوط هذه المرتبه منه هنا، کما تسقط بالنسبه للولد و الوالد، نعم إن عرف الحاکم ذلک باطلاع أو إقرار أو شهود مطلعین علیهما نهاه عن فعل ما یحرم، و أمره بفعل ما یجب، فان نفع و إلا عزره بما یراه، و له أیضا الإنفاق من ماله مع امتناعه من ذلک و لو ببیع عقاره إذا توقف علیه.

و إن کان لا- یمنعها شیئا من حقوقها الواجبه و لا یفعل ما یحرم علیه بها إلا أنه یکره صحبتها لکبر أو غیره فیهم بطلاقها ف لها ترک بعض حقوقها

۱- ۱ المستدرک الباب- ۶۵- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۳- ۵.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۴ و سوره التحریم: ۶۶- الآیه ۶.

أو جميعها من قسمه أو نفقه استماله له و يحل للزوج قبول ذلك بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأصل و الكتاب و السنه، إذ هو المراد من قوله تعالى (۱)«وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً» كما استفاضت به النصوص، ففى

صحيح الحلبى أو حسنه (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله تعالى وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ- إلى آخره- فقال: هى المرأه تكون عند الرجل فيكرهها، فيقول لها انى أريد أن أطلقك فتقول له: لا تفعل إنى أكره أن تشمت

بى، و لكن انظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت، و ما كان سوى ذلك من شى ء فهو لك، و دعنى على حالتى، فهو قوله: فلا جناح- إلى آخره- و هذا هو الصلح».

و خبر أبى حمزه(۳)«سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز و جل وَ إِنِ امْرَأَةٌ- إلى آخره- فقال: إذا كان كذلك فهم بطلاقها فقالت له: أمسكنى و أدع لك بعض ما هو عليك و أحلك من يومى و ليلتى حل له ذلك، و لا جناح عليهما».

و خبر أبى بصير(۴)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله عز و جل وَ إِنِ امْرَأَةٌ- إلى آخره- قال: هذا تكون عنده الامرأه لا تعجبه فيريد طلاقها، فتقول له: أمسكنى و لا تطلقنى و أدع لك ما على ظهرك، و أعطيك من مالى و أحلك من يومى و ليلتى فقد طاب ذلك كله»

و نحوه خبر الشحام (۵)عنه عليه السلام أيضا.

و فى

خبر أحمد بن محمد(۶)عن أبى الحسن الرضا عليه السلام «فى قول الله عز و جل:

وَ إِنِ امْرَأَةٌ- إلى آخره- قال: النشوز: الرجل يهم بطلاق امرأته فتقول: أدع

۱- ۱ سوره النساء: ۴ الآيه ۱۲۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲ عن على بن أبى حمزه.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۶.

ما على ظهرك و أعطيك كذا و كذا و أحلك من يومى و ليلتى على ما أصلحا فهو جائز»

و فى

خبر زراره(۱)«سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهاريه يشترط عليها عند عقده النكاح أن يأتيها ما شاء نهارا أو من كل جمعه أو من كل شهر يوما و أن النفقه كذا و كذا، قال: فليس ذلك الشرط بشى ء، من تزوج امرأه فلها ما للمرأه من القسمه و النفقه، و لكنه إن تزوج امرأه فخافت منه نشوزا أو خافت أن يتزوج عليها فصالحت من حقها على شى ء من قسمتها أو بعضها فان ذلك جائز لا بأس به»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على ذلك.

إلا أنها جميعا كما ترى متفقه على جواز قبوله ما تبذله له من حقوقها فى مقابله ما يريد فعله معها مما هو غير محرم عليه كطلاق و نحوه، لا أنه جائز له و إن كان لدفع ما يفعله مما هو محرم عليه، كما تسمعه من بعض، و يأتى تحقيق الحال فيه إنشاء الله.

[القول فى الشقاق]

اشاره

القول فى الشقاق و هو مصدر على وزن فعال من الشق بالكسر: الناحيه كأن كل واحد منهما صار فى شق أى ناحيه غير ناحيه الأخر باعتبار حصول الكراهه و الارتفاع و المعصيه و الاختلاف من كل منهما، فإن المشاقه و الشقاق الخلاف و العداوه، كما فى الصحاح، و لعل الأولى كونه من الشق بمعنى التفرق الذى منه شق فلان

العصا، أى فارق الجماعه، و انشقت العصا أى تفرق الأمر.

و على كل حال فإذا كان النشوز منهما و خشى الشقاق بينهما بعث الحاكم حكما من أهل الزوج و آخر من أهل المرأه على الأولى، و لو كان من غير أهلهما أو كان أحدهما جاز أيضا و الأصل فيه قوله تعالى(۲):

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۷.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآيه ۳۵.

«وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِها، إِنْ يُرِيدا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُما، إِنَّ اللَّهَ كانَ عَلِيماً خَبِيراً» و فى

خبر على بن حمزه(۱)«سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عز و جل وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ- إلى آخره- فقال: يشترط الحكمان إن شاءا فرقا و إن شاءا جمعا، ففرقا أو جمعا جاز»

و نحوه خبر أبى بصير(۲)عن الصادق عليه السلام.

و خبر سماعه(۳)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله تعالى فَابْعَثُوا حَكَماً- إلى آخره- أ رأيت إن استأذن الحكمان فقالا للرجل و المرأه: ألستما قد جعلتما أمركما إلينا فى الإصلاح و التفريق؟ فقال الرجل و المرأه: نعم، و أشهدا بذلك شهودا عليهما أ يجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم، و لكن لا يكون إلا على طهر من المرأه من غير جماع من

الزوج، قيل له: أ رأيت إن قال أحد الحكمين: قد فرقت و قال الأخر: لم أفرق بينهما؟ فقال: لا يكون تفريقا حتى يجتمعا جميعا على التفريق، فإذا اجتمعا جميعا على التفريق جاز تفريقهما»

و فى

خبر محمد بن مسلم (۴)عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن قول الله تعالى فَابْعَثُوا- إلى آخره- قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا»

و فى

صحيح الحلبى (۵)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن قول الله عز و جل فَابْعَثُوا- إلى آخره- قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا الرجل و المرأه، و يشترطا عليهما إن شئنا جمعنا و إن شئنا فرقنا فان فرقا فجائز و إن جمعا فجائز».

و الظاهر تحقق الشقاق بينهما بالنشوز من كل منهما، و من هنا كان المحصل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲ عن على بن أبى حمزه كما يأتى فى ص ۲۱۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۱.

من الأصحاب فی المراد بالآیه إضمار الاستمرار، بمعنی و إن خفتم استمرار الشقاق بینهما، أو کون المراد بالخوف العلم و التحقق، و منه یعلم المراد بالآیه السابقه، لکن فی الریاض بعد ذکر الأول قال: «و فیه نظر، لتوقفه علی کون مطلق الکراهه بینهما شقاقا و لیس،

لاحتمال أن یکون تمام الکراهه بینهما فیکون المراد أنه إذا حصل کراهه کل منهما لصاحبه و خفتم حصول الشقاق فابعثوا، مع أنه المتبادر عند الإطلاق، و الأولی من الإضمار علی تقدیر مجازیته، نعم علی هذا التقدیر یتردد الأمر بین المجاز المزبور و بین التجوز فی الخشیه، بحملها علی العلم و المعرفه و إبقاء الشقاق علی حقیقته التی هی مطلق الکراهه» و لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما سمعت من تفسیر الشقاق و الاتفاق علی بعث الحکمین بحصوله و عدم انقطاعه لا علی تمام الکراهه، بل من ذلک یعلم ما فی کشف اللثام أیضا من احتمال إضمار شده الشقاق بینهما و التأدی إلی التساب و التهاجر و التضارب، فان ذلک لیس عنوان بعث الحکمین قطعا.

و علی کل حال فالظاهر ما عن الأکثر کما فی المسالک من أن المخاطب بالبعث الحکام المنصوبین لمثل ذلک، بل فی کنز العرفان أنه المروی (۱)عن الباقر و الصادق علیهما السلام، و فی

المرسل عن تفسیر علی بن إبراهیم عن أمیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه (۲)«فی رجل و امرأه فی هذا الحال فبعث حکما من أهله و حکما من أهلها»

و نحوه عن مجمع البیان خلافا لظاهر المصنف فی النافع و المحکی عن الصدوقین من أنه

الزوجان، فان امتنعا فالحاکم، لظاهر النصوص (۳)السابقه و صریح المحکی عن

فقه الرضا علیه السلام (۴)«یختار الرجل رجلا و تختار المرأه رجلا»

إلی آخره.

۱- ۱ کنز العرفان ص ۳۱۵ ط حجر.
۲- ۲ المستدرک الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۲.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲ و ۱۳- من أبواب القسم و النشوز.
۴- ۴ المستدرک الباب- ۸- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

و فیه أنه مناف لاختلاف الضمیرین بالغیبه و الحضور و التثنیه و الجمع، و لیس المقام مقام التفات، علی أن المأمور بالبعث الخائف من شقاقهما، و هو غیرهما، و الإنسان لا یبعث أحدا إلی نفسه، و لا منافاه بین کون الباعث الحاکم و بین اشتراطهما علی الزوجین مما یرید ان اشتراطه.

و قریب منه ما عن الإسکافی إلا أنه جعل الحاکم بأمر الزوجین بأن یبعثا من یختارانه من أهلهما، و فی المسالک «و فیه جمع بین الفائدتین و القولین، و فی موثق سماعه(۱)السابق ما یرشد إلیه، بل قال: و یمکن أن یستدل به علی أن المرسل الزوجان» و فیه ما لا یخفی.

و أضعف منهما ما عن بعض من شذ من کون المرسل أهلوهما، و هو مع کونه شاذا مناف

لظاهر الآیه و النصوص و إن قیل إنه یشعر به بعض الأخبار(۲).

نعم لو تعذر الحاکم قام عدول المسلمین مقامه فی ذلک، و لو تعذر الجمیع فبعث الزوجان کان المبعوث وکیلا محضا لا حکما، فیفعل ما تقتضیه الوکاله من عموم أو خصوص.

هذا و لکن فی کشف اللثام بعد أن ذکر ما سمعته من النافع قال: «و هو حق، و لا یستلزم أن یکون الخطاب فی الآیه للزوجین لیستبعد، و لا ینافیه ظاهرها فان من المعلوم أن بعثهما الحکمین جائز و أنه أولی من الترافع إلی الحاکم، و کذا إذا بعث أولیاؤهما الحکمین مع جواز الخطاب فی الآیه لهم عموما أو خصوصا أو البعث منهم أو منهما، فیقسم إلی الواجب و غیره کما فی بعث الحاکم، و اقتصر فی النهایه علی نفی البأس عن بعث الزوجین، و بالجمله ینبغی أن لا یکون خلاف فی جواز البعث من کل من هؤلاء، و وجوبه إذا توقف الإصلاح علیه، خصوصا الحاکم و الزوجین، و لا ینشأ الاختلاف فی الآیه الاختلاف فی ذلک».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۶ و المستدرک الباب- ۱۱- منها الحدیث ۱ و سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۰۵.

قلت: قد يناقش بإمكان منع بعث الزوجين حكمين و الأهلين على وجه يترتب عليه إمضاء حكمهما عليهما بالصلح و إن لم يرضيا بناء على اختصاص الخطاب فى الآيه للحكام، لعدم دليل حينئذ على ذلك، و كذا الكلام فى العكس، و هذا و نحوه أحد ثمرات الخلاف فى المسأله.

و كيف كان فالظاهر وجوب هذا البعث وفاقا لجماعه، لظاهر الأمر، و لكون ذلك من الأمر بالمعروف، و من الحسب التى نصب الحاكم لأمثالها، خلافا للمحكى عن التحرير من الاستحباب، للأصل و ظهور الأمر فى الإرشاد، على أنه من الأمور الدنيويه التى لا يظهر إراده الوجوب منه فيها، و فيه أن الأصل مقطوع بما عرفت و الأخيرين لا ينافيان ظهوره فى الوجوب المؤيد بما عرفت.

نعم قد يقال بعدم تعين وجوب الكيفيه المخصوصه مع إمكان إصلاح حالهما بغيرها أما لو انحصر فيها تعين وجوبها.

و كذا الكلام فى كون الحكمين من الأهلين، ضروره عدم اعتبار القرابه فى الحكومه، و الغرض يحصل بالأجنبى كما يحصل بها، و الآيه مسوقه للإرشاد، فمع عدم انحصار الأمر فيهم يجوز الأجانب، كما إذا لم يكن ثم قريب، نعم لو انحصر الأمر فيهم اتجه الوجوب حينئذ، كما أنه لو انحصر الأمر فى الأجنبى تعين.

هذا و فى الرياض بعد اختيار الاختصاص بالأهل قال فى شرح قوله فى النافع:

«و يجوز أن يكونا أجنبيين» «أما مطلقا كما هو ظاهر المتن أو مقيدا بعدم الأهل كما هو الأقوى، لكن مع ذلك ليس لهما حكم المبعوث من أهلهما من إمضاء ما حكما عليهما، لمخالفته الأصل، فيقتصر فيه على مورد النص، و يكون حكمهما حينئذ الاقتصار على ما أذن به الزوجان و فيه و كلا، و ليس لهما من التحكيم- الذى هو حكم الحكمين كما يأتى- شى ء جدا، و فى حكم فقد الأهل توقف الإصلاح على الأجنبى».

و هو من غرائب الكلام يمكن دعوى الإجماع على خلافه، مضافا إلى ظهور النصوص (۱)فى الآيه فى عموم الحكم للزوجين ذى الأهل و غيرهم، على أن التقييد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰ و ۱۲ و ۱۳- من أبواب القسم و النشوز.

الـذی ذکره معناه مضـی حکم الأجنبی و صـیرورته کالأهل مع عدمهم، و إلا فالتوکیل لا ریب فی جوازه مع وجود الأهل فضـلا عـن حـال عـدمهم (و بـالجمله) لاـ یخفی مـا فی کلاـمه مـن الغبـار، خصوصـا مع ملاـحظه کلاـم الأصـحاب و التأمـل فی الآـیه الشریفه(۱)و نصوص (۲)الباب، و الله المسدد للصواب.

و کیف کان ف هل بعثهما علی سبیل التحکیم أو التوکیل قولان إلا أن الأظهر منهما و الأشـهر بل المشهور بل عن ظاهر السرائر و فقه القرآن الإجماع علیه، و فی محکی المبسوط أنه مقتضـی المـذهب أنه تحکیم لأنه مقتضـی تسـمیتهما حکمین فی الکتاب (۳)و السنه(۴)و الفتاوی و مقتضی خطاب غیر الزوجین ببعثهما، و الوکیل مأذون لیس بحکم، و المخاطب به الزوجان لا غیرهما، و لأنهمـا إن رأیـا الإصـلاح فعلاه من غیر استئـذان، و یلزم ما یشترطانه علیهما من السائغ، و لو کان توکیلا لم یقع إلا ما دل علیه لفظهمـا، و کون الزوج و الزوجه رشـیدین، و الحق لهمـا لاـ ینافی حکم الشارع علیهما کالمماطل، فإنهما بالإصـرار علی الشـقاق صارا

کالممتنعین عن قبول الحق، فجاز الحکم علیهما، کما أن عدم اعتبار الاجتهاد فیهما لا ینافی مضـی حکمهما، لأن محله أمر معین جزئی یجوز تفویض أمره إلی الآحـاد کنظائره، و لیس هو من الرئاسه العامه التی یعتبر فیها الاجتهاد، مع أن مثل ذلک لا یعارض ظاهر الکتاب و السنه، خصوصا و الحاکم فی الحقیقه الحاکم الذی أرسلهما، فهما بمنزله الوکیلین.

و الظاهر عدم اعتبار رضا الزوجین فی بعثهما بناء علی المختار، ضروره کون ذلک سیاسه شرعیه.

نعم قد یقال باعتبار رضاهما علی التوکیل مع احتمال عدمه أیضا، علی معنی أنهما مع الامتناع یوکل عنهما الحاکم قهرا.

و لا ریب فی اشتراط البلوغ و العقل و الاهتداء إلی ما هو المقصود من بعثهما،

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰ و ۱۲ و ۱۳- من أبواب القسم و النشوز.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰ و ۱۲ و ۱۳- من أبواب القسم و النشوز.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰ و ۱۲ و ۱۳- من أبواب القسم و النشوز.

قیل: و الإسلام، و هو جید فیما کان الشقاق بین المسلمین أما غیرهم فلا یخلو من نظر.

و أما العداله و الحریه ففی المسالک «إن جعلناهما حکمین اعتبرا قطعا و إن جعلناهما وکیلین ففی اعتبارهما وجهان، أجودهما العدم، لأنهما لیسا شرطا فی الوکیل» و فیه إمکان منع اعتبار ذلک علی الأول أیضا، و ما دل علی اعتبارهما فی الرئیس العام لا یقتضیه فی مثل المقام المجبور بنظر الرئیس، کما أنه احتمل اعتبارهما علی الثانی بدعوی أن الوکاله إذا تعلقت بنظر الحاکم اعتبر فیها ذلک کأمر الحاکم.

و کیف کان فیجب علیهما البحث و الاجتهاد فی حالهما و فی السبب الداعی إلی الشقاق بینهما، ثم یسعون فی أمرهما فإن اتفقا علی الإصلاح فعلاه من غیر مراجعه لهما، لأنه مقتضی تحکیمهما أو توکیلهما علی ذلک، و إن اتفقا علی التفریق فعلی التوکیل لم یصح إلا ب فرض التوکیل الدال علی رضا الزوج فی الطلاق و رضا المرأه فی البذل إن کان خلعا، و أما علی التحکیم فالأشهر بل المشهور عدم جوازه أیضا إلا مع مراجعتهما، و لعله لظاهر کون المراد من التحکیم فعل ما یتحقق به الإصلاح و التألیف، کما أومأ إلیه بقوله تعالی (۱)«إِنْ یُرِیدا إِصْلاحاً یُوَفِّقِ اللَّهُ بَیْنَهُما»

و قال الحلبی (۲)فی الحسن: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قول الله عز و جل (۳):

فَابْعَثُوا حَکَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَماً مِنْ أَهْلِها، قال: لیس للحکمین بأن یفرقا حتی یستأمرا الرجل و المرأه و یشترطا علیهما إن شئنا جمعنا و إن شئنا فرقنا، فان فرقا فجائز، و إن جمعا فجائز».

و فی

صحیح ابن مسلم (۴)عن أحدهما علیهما السلام «سألته عن قول الله عز و جل:

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب القسم و النشوز الحدیث ۱.

فَابْعَثُوا حَكَماً- إلى آخره- قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرا».

و فى

خبر على بن أبى حمزه(۱)«سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله تعالى وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَيْنِهِما- إلى آخره- فقال: يشترط الحكمان إن شاءا فرقا و إن شاءا جمعا ففرقا أو جمعا جاز»

و نحوه خبر أبى بصير(۲)عن أبى عبد الله عليه السلام،

و فى خبر سماعه(۳)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل فَابْعَثُوا- إلى آخره- أ رأيت إن استأذن الحكمان، فقالا للرجل و المرأه: أ ليس قد جعلتما أمركما إلينا فى الإصلاح و التفريق؟ فقال الرجل و المرأه: نعم و أشهدا بذلك شهودا عليهما، أ يجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم، و لكن لا يكون إلا على طهر من المرأه من غير جماع كالزوج، قيل له: أ رأيت إن قال أحد الحكمين: قد فرقت بينهما، و قال الآخر:

لم أفرق بينهما؟ فقال: لا يكون تفريق حتى يجتمعا جميعا على التفريق، فإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما».

لكن لا يخفى عليك ظهور هذه النصوص فى أن التفريق لهما مع اشتراطهما ذلك، و لعله لا ينافى كلام المشهور المنزل على أنه ليس لهما التفريق مع الإطلاق بل على ذلك نزل كلام ابن الجنيد، فإنه قال على ما حكى عنه: «و يشترط الوالى أو المرضى بحكمه على الزوجين أن للمختارين جميعا أن يفرقا بينهما أو يجمعا إن رأيا ذلك صوابا، و على كل واحد من الزوجين إنفاذ ذلك و الرضا به، و أنهما قد وكلاهما فى ذلك، و مهما فعلاه فهو جائز عليهما».

و فى المسالك «قد روى (۴)«أن عليا صلوات الله و سلامه عليه بعث حكمين و قال تدريان ما عليكما، عليكما إن رأيتما أن تجمعا جمعتما و إن رأيتما أن تفرقا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۲.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۱.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب القسم و النشوز الحديث ۶ و المستدرك الباب- ۱۱- منها الحديث ۱ و سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۵.

فرقتمـا، فقالت المرأه: رضـيت بما فی کتاب الله علی و لی فقال الرجل: أما الفرقه فلا، فقال علی علیه السـلام: کـذبت و الله حتی تقر بمثل الذی أقرت به»

و قـد احتـج بهـذا الخبر الفریقـان، فالأـول من حیث إنه اعتبر رضاهمـا و إقرارهمـا، و الثـانی من حیث جعل الجمع و التفریق إلی الحکمین، و قوله علیه السـلام: «حتی تقر» أی لیس لـک أن تمتنع، بل علیک أن تنقاد لحکم الله تعالی، کما انقادت هی، و هـذا أشبه بمذهب ابن الجنید».

قلت: یمکن تنزیل الخبر علی تلک الأخبار أیضا علی معنی أنه لا بد من اتفاقهما علی کیفیه الحکم علی الإصلاح خاصه أو علیه و علی التفریق، نعم یظهر منه وجوب تبعیه الأخر عن إراده تعمیم التحکیم.

و کیف کـان فعلی مـا قلناه إذا رأی حکم الرجل أن یطلق بغیر عوض طلق مسـتقلا به، لأن حکم المرأه لا صـنع له بالطلاق، و لا یزید علی واحده، لکن إن راجع الزوج و داما علی الشـقاق زاد إلی أن یستوفی الطلقات الثلاث، و إن رأی الخلع و ساعده حکم المرأه تخالعا: و إن اختلفا وقف، و ینبغی أن یخلو حکم الرجل بالرجل و حکم المرأه بالمرأه خلوه غیر محرمه لیعرفان ما عندهما و مـا فیه رغبتهما، و إذا اجتمعا لم یخف أحـدهما علی الأخر بما علم، لیتمکنا من رأی الصواب و ینقـدح ما رأیاه صوابا بشـرطه، فان اختلف رأیهما بعث إلیهما آخرین حتی یجتمعا علی شی ء، و ینبغی للحکمین إخلاص النیه فی السعی و قصد الإصلاح فمن حسـنت نیته فیما تحراه أصـلح الله مسعاه، و کان ذلک سببا لحصول مسعاه، کما ینبه علیه قوله تعالی (۱)«إِنْ یُرِیدا إِصْلاحاً یُوَفِّقِ اللَّهُ بَیْنَهُما» و مفهوم الشـرط یقتضـی أن عـدم التوفیق بین الزوجین یـدل علی فساد قصـد الحکمین و أنهما لم یجتمعا علی قصـد الإصلاح، بل فی نیه أحدهما أو هما فساد، فلذلک لم یبلغا المراد و الظاهر أنه هو السبب فی الفساد فی تحکیم ابن العاص و أبی موسی الأشعری فی أیام

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۵.

صفین (۱)فإن نیه کل منهما فاسده و إن کان الأول أشد من الثانی، و لذا ترتب علیه ما ترتب، و الله العالم.

[تفریع لو بعث الحکمان فغاب الزوجان أو أحدهما نفذ حکمها قطعا]

تفریع:

لو بعث الحکمان فغاب الزوجان أو أحدهما ففی المسالک نفذ حکمها قطعا بناء علی التوکیل، لأن تصرف الوکیل فیما وکل فیه نافذ مع حضور الموکل و غیبته و مع بقائه علی الخصومه و الشقاق و عدمه، و فیه إمکان منع نفوذه مع فرض ارتفاع الخصومه، ضروره انتفاء موضوع التوکیل حینئذ علی الصلح الرافع للنزاع و الشقاق المفروض ارتفاعهما قبل حکم الحکمین.

و أما علی التحکیم ف قیل و القائل الشیخ فی المحکی من مبسوطه:

لم یجز الحکم، لأنه حکم للغائب لا علیه و الجائز الثانی لا الأول و لو قیل بالجواز کان حسنا ل ا لما ذکره المصنف من أن حکمهما مقصور علی الإصلاح، أما التفرقه فموقوفه علی الاذن ضروره عدم انطباق ذلک علی حجه المدعی، بل لمنع عدم جواز الحکم للغائب و علیه فی المقام، لإطلاق الأدله الذی لا یعارضه القیاس علی حکم الفقیه للغائب لو سلم المقیس علیه، و لذا لا یکون الغائب منهما علی حجته فی المقام بخلافه هناک، و دعوی عدم معلومیه بقاء الشقاق بینهما مع الغیبه خروج عن عنوان البحث الذی هو الحکم علیهما من حیث الغیبه التی یمکن أن تجامع العلم ببقاء

الشقاق بینهما، علی أن الاستصحاب کاف و إن کان قد یقوی عدم نفوذ الحکم علیهما لو فرض تأخره عن ارتفاع الشقاق بینهما، و کذا الحکم فیما لو سکت أحدهما، بل لا یبعد نفوذ حکم الحکمین فیما لو خرجا أو أحدهما عن قابلیه التکلیف بجنون أو إغماء فضلا عن الغیبه، لإطلاق الأدله. و الله العالم.

۱- ۱ الکامل لابن الأثیر- ج ۳ ص ۳۱۸.

[مسألتان]

[المسأله الأولى ما يشترطه الحكمان يلزم إن كان سائغا]

الأولى ما يشترطه الحكمان عليهما أو على أحدهما يلزم إن كان سائغا بلا خلاف و لا إشكال، لإطلاق الأدله و إلا كان باطلا، بل يقوى بطلان الحكم بما أوقعاه من الاصطلاح لا أن لهما نقضه كما عبر به المصنف مشعرا بأن لهما الرضا به و لهما نقضه، و هو غير متصور في الشرط لغير السائغ.

لكن في المسالك «إذا اشترط الحكمان شرطا نظر فيه، فان كان مما يصلح لزومه شرعا لزم و إن لم يرض الزوجان، كما لو شرطا عليه أن يسكنها في البلد الفلاني أو في المسكن المخصوص أو لا يسكن معها في الدار أمه و لو في بيت منفردا و لا يسكن معها الضره في دار واحده، أو شرطا عليها أن تؤجله بالمهر الحال إلى أجل أو ترد عليه ما قبضته منه قرضا و نحو ذلك،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم»(۱)

بعد جعل الحكم إليهما. و إن كان غير مشروع كما لو شرط عليها ترك بعض حقوقها من القسم أو النفقه أو المهر أو عليه أن لا يتزوج أو لا- يتسرى أو لا- يسافر بها لم يلزم ذلك بلا خلاف. ثم إن كان الشرط مما للزوجين فيه التصرف كترك بعض الحق فلهما نقضه و التزامه تبرعا، و إن كان غير مشروع أصلا كعدم التزويج و التسري فهو منقوض في نفسه، و يمكن أن يريد المصنف بقوله «كان لهما نقضه» مطلقا الشامل للجميع الدال بمفهومه على أن لهما أيضا التزامه التزام مقتضاه، بأن لا يتزوج و لا يتسرى تبرعا بذلك و إن لم يكن لازما له بالشرط، و إلى هذا يشير كلام الشيخ في المبسوط، حيث قال في هذا القسم: «فان اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلا، و إن اختارا أن يطرحا فعلا فان ظاهر فعل الجميل كونه تبرعا و تفضلا بغير استحقاق» و تبعه على ذلك في كشف اللثام.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه من النظر في أصل المطلب فضلا عن بعض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث ۴.

الخصوصيات، ضروره لزوم كل شرط سائغ عليهما أو على أحدهما، لعموم الأدله القاضيه بكونهما حكمين، و أنه لا يبطل منه إلا الباطل بأصل الشرع، فليس حينئذ من الشروط ما لهما الالتزام به و لهما نقضه، كما هو واضح.

[المسأله الثانيه لو منعها شيئا من حقوقها المستحبه أو أغارها فبذلت له بذلا ليخلعها صح]

المسأله الثانيه لو منعها شيئا من حقوقها المستحبه أو أغارها بما لا يحرم عليه فبذلت له بذلا ليخلعها صح، و ليس ذلك إكراها قطعا و إن قصد بذلك ذلك بل الظاهر عدم الإكراه بترك حقوقها الواجبه عصيانا لا لإراده البذل، كما جزم به فى المسالك و إن كان آثما، بل فيها «و كذا لو قصد بترك حقها ذلك و لم يظهره لها و إن كان آثما أيضا- قال:- أما لو أظهر لها أن تركه لأجل البذل كان ذلك إكراها و أظهر منه ما لو أكرهها على نفس البذل- ثم قال:- و ما ذكره المصنف قول الشيخ فى المبسوط(۱)و وافقهما عليه العلامه فى الإرشاد، و فى التحرير نسب القول إلى الشيخ ساكتا عليه مؤذنا بتردده فيه أو ضعفه، و فى القواعد قيد حقوقها بالمستحب، و مفهومه أنه لو منع الواجبه كان إكراها، و هذا القول نقله الشيخ فى المبسوط أولا عن بعض العامه، ثم قال:

الذى يقتضيه مذهبنا أن هذا ليس إكراها، و هو المعتمد».

قلت: لا إشكال فى تحقق الإكراه بالصورتين المذكورتين، و أما الصوره السابقه فهى إن لم تكن إكراها فقد يقال بحرمه البذل عليه أيضا لاندراجه فى قوله تعالى (۲)«وَ لا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً لِتَعْتَدُوا» المفسر بذلك، بل قد يقال: بحرمته

۱- ۱ فى النسخه الأصليه المبيضه« و ما ذكره المصنف و الشيخ فى المبسوط» و فى المخطوطه بخط المصنف طاب ثراه« و ما ذكره المصنف الشيخ فى المبسوط» و الصحيح ما أثبتناه، كما أن الموجود فى المسالك أيضا كذلك.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۱.

علیه فی الأولی أیضا، و هی فیما لو ضارها حتی بذلت و لم یکن من قصده ذلک، لکونه أشبه شی ء بعوض المحرم، بل یمکن اندراجه فی الآیه أیضا.

و لا ینافیه قوله تعالی (۱)«وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً» و ذلک لما عرفت مما ورد فی تفسیر هذه الآیه من النصوص (۲)التی فیها الصحیح و غیره أن المراد بها الامرأه التی تخشی الطلاق أو التزویج علیها أو کان الرجل یکرهها أو لا تعجبه أو نحو ذلک مما یؤدی إلی فراقها فأسقطت بعض حقوقها لإراده إمساکها و عدم طلاقها، و هذا غیر المفروض الذی هو ترک حقوقها الواجبه علیه فبذلت له مالا للخلاص من یده و من أسره، إذ هی کالمظلوم فی ید الظالم، فیبذل له للتخلص من ظلمه، فان ذلک لا ریب فی حرمته علی الظالم و إن لم یکن قد قصد بالظلم ذلک المبذول، و لعله إلی ذلک أومأ العلامه فی تقیید الحقوق بالمستحبه فی القواعد.

کما أنه مما ذکرنا یظهر لک أیضا ما فی کشف اللثام و غیره حتی من الریاض، فإنه- بعد أن اعترف بعدم دلاله الآیه و النصوص المفسره لها علی عموم الحکم من جواز الصلح ببذل حقها کما لو أخل الزوج ببعض حقوقها الواجبه أو کلها لظهور سیاقها فی غیره- قال: «نعم جاز له القبول هنا لو بذلته بطیب نفسها لا

مطلقا، للأصل و فقد الصارف عنه، و هذا هو ظاهر العباره و الأکثر، و ربما منع منه من جوزه هنا لما قدمناه من اختصاص الآیه و النص بالأول، و لقبح ترکها الحق من دون عوض بناء علی لزومه علیه من دونه، و فیهما نظر إذ اختصاص الکتاب و السنه بما ذکر لا یوجب المنع عن جریان الحکم الذی فیه فی غیره بعد قضاء الأصل به، و القبح ممنوع حیث یرجی حصول الحقوق الواجبه التی أخل بها بالبذل فتکون هی العوض الحاصل بالبذل، و لزومه علیه غیر ملازم، للزوم صدورها عنه حتی ینتفی

۱- ۱ سوره النساء: ۴ الآیه ۱۲۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب القسم و النشوز.

العوض حین البـذل، ثم علی تقـدیره یصح منع القبح أیضا، کیف لا و یجوز لها إبراء ذمه زوجها عن حقوقها بعضا أو کلا ابتداء مطلقا جدا (و بالجمله) لا وجه لتعلیل المنع من الجواز بنحو هذا بعد طیبه نفسـها فی بذلها، و منه یظهر الجواز فیما لو بذلت بطیبه نفسـها بعـد إکراهـها علیه و إن أطلق الأصـحاب المنع حینئـذ» فـإنه کمـا تری خروج عن موضوع البحث، بـل هو غیر لائق لجعله عنوانا فی کلام الأصحاب کما هو واضح بأدنی تأمل، و الله العالم.

[النظر الرابع فی أحکام الأولاد]

اشاره

النظر الرابع فی أحکام الأولاد و هی قسمان

[القسم الأول فی إلحاق الأولاد]

اشاره

القسم الأول فی إلحاق الأولاد، و النظر فی أولاد الزوجات دواما و انقطاعا و الموطوءات بالملک و الموطوءات بالشبهه

[أحکام ولد الموطوءه بالعقد الدائم]

(الأول) أحکام ولد الموطوءه بالعقد الدائم و هم یلحقون بالزوج بشـروط ثلاثه: الدخول بغیبوبه الحشفه أو مقدارها قبلا أو دبرا، بل فی کشف اللثام و غیره أنزل أو لا، لإطلاق الفتاوی و نحوه

قول الباقر علیه السلام لأبی مریم الأنصاری (۱)«إذا أتاها فقد طلب ولدها».

لکن فی الروضه «و المراد بالوطء- علی ما یظهر من إطلاقهم و صرح به المصنف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰۳- من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱.

فی القواعد- غیبوبه الحشفه قبلا أو دبرا و إن لم ینزل، و لا یخلو ذلک من إشکال إن لم یکن مجمعا علیه بانتفاء التولد عاده فی کثیر من موارده، و لم نقف علی شی ء ینافی ما نقلناه یعتمد علیه» و تبعه فی الریاض و قال: «ولد الزوجه الدائمه التام خلقه یلحق بالزوج الـذی یمکن التولـد منه عاده و لو احتمالا مع شـروط ثلاثه: أحـدها الدخول منه بها دخولا یحتمل فیه ذلک و لو احتمالا بعیـدا، قبلا کان أو دبرا، إجماعا، و فی غیره إشـکال و إن حکی الإطلاق عن الأصـحاب، و احتمل الإجماع، مع أن المحکی عن السرائر و التحریر عدم العبره

بالوطء دبرا، و استوجهه من المتأخرین جماعه، و هو حسن إلا مع الإمناء و احتمال السبق و عدم الشعور به لا مطلقا».

قلت: مع فرض إمکان سبق المنی و عدم الشعور به لا سبیل حینئذ للقطع بنفی الاحتمال و لو بعیدا مع تحقق مسمی الدخول، علی أنه یمکن التولـد من الرجل بالـدخول و إن لم ینزل، و لعله لتحرک نطفه الامرأه و اکتسابها العلوق من نطفه الرجل فی محلها أو غیر ذلک من الحکم التی لا یحیط بها إلا رب العزه، و لذا أطلق أن

«الولد للفراش»(۱)

المراد به الافتراش فعلا لا ما یقوله العامه من الافتراش شـرعا، بمعنی أنه یحل له وطؤها، فلو ولدت و إن لم یفترشها فعلا ألحق به الولد، إذ هو مع ما فیه من فتح باب الفساد للنساء أشبه شی ء بالخرافات.

و ربما یومئ إلی بعض ما قلناه

خبر أبی البختری (۲)المروی عن قرب الاسـناد عن جعفر بن محمد عن علی علیهم السـلام قال: «جاء رجل إلی رسول الله صـلی الله علیه و آله قال: کنت أعزل عن جاریه لی فجاءت بولد، فقال: الوکاء قد ینفلت، و ألحق به الولد»

و فحوی

التوقیع المروی عن إکمال الدین و إتمام النعمه(۳)فی جمله مسائل منها «استحللت

بجاریه و شرطت علیها أن لا أطلب ولدها و لم ألزمها منزلی، فلما أتی لذلک مده

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

قالت: قد حبلت ثم أتت بولد لم أنكره- إلى أن قال-: فخرج جوابها عن صاحب الزمان صلوات الله علیه: و أما الرجل الذی استحل بالجاریه و شرط علیها أن لا یطلب ولدها فسبحان من لا شریک له فی قدرته، شرطه علی الجاریه شرط علی الله تعالی، هذا ما لا یؤمن أن یکون، و حیث عرض له فی هذا شک و لیس یعرف الوقت الذی أتاها فلیس ذلک یوجب البراءه من ولده».

و الثانی مضی سته أشهر هلالیه أو عددیه أو ملفقه من حین الوطء لأنها أقل الحمل کتابا(۱)و سنه(۲)مستفیضه أو متواتره و إجماعا محکیا کذلک بل فی المسالک نسبه ذلک إلی علماء الإسلام، بل و محصلا، فلا یلحق به إن وضعته حیا کاملا لأقل من ذلک، و ما عن المفید بل و الطوسی أیضا- من التخییر بین النفی و الإقرار به- محجوج بما عرفت، بل قیل: لا یظهر له وجه إلا

خبر أبان بن تغلب (۳)عن الصادق علیه السلام «رجل تزوج فلم تلبث بعد أن أهدیت إلیه أربعه أشهر حتی ولدت جاریه، فأنکرها و ردها، و زعمت هی أنها حبلت منه فقال: لا

یقبل ذلک منها، و إن ترافعا إلی السلطان تلاعنا، و لم تحل له أبدا»

و هو مع الضعف یحتمل عدم حیاه الولد أو تمامه و أن یتنازعا فی المده و فی غیر الکامل مما تسقط المرأه، ففی الریاض «یرجع فی إلحاقه بالزوج حیث یحتاج إلیه- لیجب علیه التکفین و مئونه التجهیز و نحو ذلک من الأحکام المترتبه علی حیاته- إلی المعتاد لمثله من الأیام و الأشهر، فإن أمکن عاده منه لحقه حکمه، و إن علم عاده انتفاؤه عنه لغیبته عنه مده تزید عن تخلقه عاده انتفی عنه» و کان المراد إلحاقه به مع إمکانه، و أنه لا ینفی عنه إلا مع العلم بانتفائه عنه.

و الثالث أن لا یتجاوز اقصی الوضع، و هو تسعه أشهر علی الأشهر بل المشهور، بل عن ظاهر الإسکافی و الطوسی فی المبسوط و الخلاف إجماعنا علیه،

۱- ۱ سوره الأحقاف: ۴۶- الآیه ۱۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الأولاد.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱۰.

للمعتبره المستفيضه ک

مرسل عبد الرحمن بن سيابه(۱)«أقصى مده الحمل تسعه أشهر لا يزيد لحظه، و لو زاد لحظه لقتل امه قبل أن يخرج»

و ظاهر

خبر وهب (۲)عن الصادق عليه السلام عن أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه «يعيش الولد

لسته أشهر و لسبعه و لتسعه و لا يعيش لثمانيه»

و صحيح ابن الحجاج (۳)«سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظر تسعه أشهر، فإن ولدت و إلا اعتدت بثلاثه أشهر، ثم قد بانت منه»

و خبر محمد بن الحكم (۴)عن أبى الحسن عليه السلام قلت له: «المرأه الشابه التى مثلها تحيض يطلقها زوجها و يرتفع حيضها كم عدتها؟ قال: ثلاثه أشهر؟ قلت: فإنها ادعت الحبل بعد الثلاثه أشهر، قال: عدتها تسعه أشهر، قلت: فإنها ادعت الحبل بعد تسعه أشهر، قال: إنما الحبل تسعه أشهر، قلت: تتزوج، قال: تحتاط بثلاثه أشهر، قلت: فإنها ادعت بعد ثلاثه أشهر، قال: لا ريبه عليها تزوجت إن شاءت»

و خبره الآخر(۵)عن أبى عبد الله عليه السلام أو أبى الحسن عليه السلام قلت له: «رجل طلق امرأته فلما مضت ثلاثه أشهر ادعت حملا، فقال:

ينتظر بها تسعه أشهر قال: قلت: فإنها ادعت بعد ذلک حبلا، فقال: هيهات هيهات إنما يرتفع الطمث من ضربين، إما حمل بين و إما فساد فى الطمث، و لكنها تحتاط بثلاثه أشهر»

مؤيدا ذلک ب

خبر أبان (۶)عن أبى عبد الله عليه السلام «إن مريم عليها السلام حملت بعيسى عليه السلام تسع ساعات كل ساعه شهر».

و الخبر المروى فى باب مبدء النشوء من الكافى (۷)فإن فيه «و للرحم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب العدد الحديث ۱ من كتاب الطلاق.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب العدد الحديث ۲ من كتاب الطلاق. عن محمد بن الحكيم.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب العدد الحديث ۵ من كتاب الطلاق. عن محمد بن الحكيم.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۷.

۷- ۷ الكافى ج ۶ ص ۱۵ كتاب العقيقه باب بدء خلق الإنسان و تقلبه فى بطن أمه الحديث ۵.

ثلاثه أقفال، قفل فى أعلاها مما يلى أعلى السره من الجانب الأيمن، و القفل الأخر وسطها، و القفل الأخر أسفل من الرحم، فما يوضع بعد التسعه أيام فى القفل الأعلى فيمكث فيه ثلاثه أشهر، فعند ذلك يصيب المرأه خبث النفس و التهوع، ثم ينزل إلى القفل الأوسط، فيمكث فيه ثلاثه أشهر- إلى أن قال-: ثم ينزل إلى القفل الأسفل فيمكث فيه ثلاثه أشهر، فذلك تسعه أشهر، ثم تطلق المرأه».

لكن ظاهره زياده تسعه أيام على تسعه أشهر، و يمكن إدراجها فى التسعه أشهر بضرب من التأويل بحمل

قوله عليه السلام: «فى القفل الأول فيمكث»

إلى آخره على الثلاثه التى منها التسعه، و الشاهد عليه ذيل الروايه و باقى النصوص، على أن إبقاءه على ظاهره مخالف للإجماع.

و قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه عشره أشهر، و هو حسن عند المصنف يعضده الوجدان فى كثير و الفاضل فى أكثر كتبه على ما قيل، إلا أنا لم نقف على ما يدل عليه

بالخصوص فيما وصل إلينا من النصوص، و إن حكى عن جماعه أن به روايه، بل يعارض ما ذكر من الوجدان بما فى المسالك و نهايه المرام، بل و زماننا بوجدان الوضع إلى سنه، فقصره حينئذ عليه دونه ليس فى محله، بل يمكن أن يكون ابتداء الحمل بالوجدان المزبور من التسعه، و يكون حبس الطمث قبله لريبه، كفساد الطمث، كما سمعته فى النصوص السابقه المشتمله على أن الثلاثه للريبه، بل عن جماعه من الأصحاب منهم أبو الصلاح و ابنا زهره و شهرآشوب التصريح بذلك، بل فى كشف اللثام لا يبعد حمل كلام السيد عليه، و يؤيده ما نقل عنه فى الموصليات من أولويه التسعه، ثم قال:

«و بالجمله فلم يظهر لى صريح قول بالسنه».

و من ذلك يعرف ما فى القول الثالث الذى أشار إليه المصنف بقوله و قيل:

سنه، و هو متروك و إن نسب إلى المرتضى فى الانتصار مدعيا عليه الإجماع، و الجامع و أبى الصلاح، و مال إليه فى المختلف، بل فى المسالك أنه أقرب إلى الصواب،

إذ لم یرد دلیل معتبر علی کون أقصاه أقل من السنه، فاستصحاب حکمه و حکم الفراش أنسب و إن کان خلاف الغالب، و قد وقع فی زماننا ما یدل علیه، مع أنه یمکن تنزیل تلک الأخبار علی الغالب، کما یشعر به

قوله علیه السلام (۱): «إنما الحمل تسعه أشهر»

ثم أمر بالاحتیاط نظرا إلی النادر، و لکن مراعاه النادر أولی من الحکم بنفی النسب عن أهله، بل یترتب ما هو أعظم من ذلک علی المرأه مع قیام الاحتمال و تبعه علی ذلک سبطه و بعض أتباعه.

و لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرنا، ضروره أنه لو کان قدح فی سند نصوص المشهور أو دلالتها فهو مجبور بما سمعت من الشهره، بل الإجماع الذی لا یعارضه المحکی من إجماع المرتضی المحتمل ما عرفت، و أنه علی النفی عن الأزید لا أنه الأقصی ردا علی العامه، کما أفصح عنه الخبر(۲)السابق، و الحمل علی الغالب- مع ما فیه من ظهور

قوله علیه السلام: «لو زاد ساعه لقتل أمه»

فی نفیه، ضروره عدم کون الغالب منحصرا فی التسعه الحقیقیه التی لا تزداد ساعه- لیس بأولی مما ذکرناه الذی منه یعلم أولویه الاستدلال بالصحیح (۳)و الخبر(۴)علی المطلوب من الاستدلال بهما علی السنه، بل یمکن دعوی صراحتهما فی نفی ذلک و أن الثلاثه أشهر للعده تعبد، أو لنفی الریبه، أو لنحو ذلک، بل یمکن إراده العزم علی طلاقها فادعت الحمل من قوله علیه السلام: «طلقها» فأخر ذلک حتی علم حالها، فطلقها حینئذ و اعتدت بثلاثه أشهر تعبدا، کما فی غیرها من العدد المشروعه للتعبد و للاحتیاط فی تعمیم ذلک مراعاه للفروج و للإسرار التی لا یحیط بها إلا

من شرع ذلک، فمن الغریب الاستدلال بهما علی السنه.

نعم فی

خبر سلمه بن الخطاب (۵)بسنده عن علی صلوات الله و سلامه علیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب العدد الحدیث ۱ من کتاب الطلاق.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب العدد الحدیث ۲ من کتاب الطلاق.

۵- ۵ الفقیه ج ۳ ص ۳۳۰- الرقم ۱۶۰۰ و فی الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱۵« السنتین» و رواه فی الوافی أیضا- ج ۱۲ ص ۲۱۷ الباب- ۲۲۸- من کتاب النکاح.

«أدنى ما تحمل المرأه لسته أشهر و أكثر ما تحمل لسنه» لكن فى الوافى و فى بعض «و أكثر ما تحمل لسنتين»

بل عن الوسائل أنه لم يذكر غير هذه النسخه، و حينئذ فلا وجه إلا الحمل على التقيه.

و فى المرسل (۱)فى قول الله تعالى (۲)«يَعْلَمُ ما تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثى وَ ما تَغِيضُ الْأَرْحامُ وَ ما تَزْدادُ» قال: «الغيض كل حمل دون تسعه أشهر، و ما تزداد كل شى ء تزداد على تسعه أشهر، فكلما رأت المرأه الدم الخالص فى حملها فإنها تزداد بعدد الأيام التى رأت فى حملها من الدم»

و فى المرفوع المروى عن نوادر المعجزات للراوندى عن سيده النساء فاطمه عليها السلام «إنها ولدت الحسين عليه السلام عند تمام سنه من حملها به».

لكنهما قاصران عن معارضه ما عرفت من وجوه بل الأول منهما بالنصوص (۳)الوارده فى تفسير الآيه المزبوره بخلاف ذلك، بل يمكن إراده ما لا ينافى الريبه التى سمعتها فى النصوص (۴)السابقه، كما أن المرسل الثانى معارض بغيره مما ورد(۵)بخلافه فلا محيص عن القول بالتسع.

و الوجدان المدعى بخلافه على وجه ينفى الاحتمال الذى ذكرناه ممنوع على مدعيه، خصوصا مع احتمال الوطء من غير الزوج و لو شبهه أو مع عدم علمها بذلك، كما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۶.

۲- ۲ سوره الرعد: ۱۳- الآيه ۸.

۳- ۳ المستدرك الباب- ۱۲- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۶ و تفسير البرهان- ج ۲ ص ۲۸۲ ذيل الآيه ۱۳ من سوره الرعد.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب العدد من كتاب الطلاق.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴ و ۱۴ و المستدرك الباب- ۱۲- منها الحديث ۲ و ۳ و ۴.

و حينئذ فالرجوع إلى الاستصحاب و إطلاق

قوله صلى الله عليه و آله (۱): «الولد للفراش»

و نحو ذلک مما سمعت مما لا ينبغى الإصغاء إليه، ضروره عدم معارضه الأول منهما للدليل المزبور، و وجوب حمل الثانى على المقيد، و الله العالم.

و على كل حال فلو لم يدخل بها لم يلحقه إجماعا بقسميه و نصوصا، نعم قد يقال بعدم اعتبار العلم بالدخول مع ولادتها ما يمكن تولده منه تغليبا للنسب، و ل

قوله صلى الله عليه و آله(۲): «الولد للفراش»

فان المراد به الزوج أو المرأه على تقدير مضاف، أى ذى الفراش، و على التقديرين يقتضى اللحوق، خرج منه ما علم عدم الدخول لما عرفت، و يبقى غيره، و حينئذ يكون الأصل بعد وقوع العقد لحوق الولد بالزوج مع الإمكان، و لا ينافى ذلک ذكر الدخول فى عباره المصنف و غيره بعنوان الشرطيه المقتضيه للشک فى المشروط بالشک بها، فإن الأصل الشرعى المزبور طريق للحكم بتحققها بالنسبه إلى الإلحاق المذكور.

و من هنا فرع المصنف و غيره على الاشتراط المزبور العلم بعدم الدخول، لا الولاده الممكنه اللحوق مع عدم العلم بالدخول، لكن ستعرف فى كتاب اللعان التحقيق فى ذلک، و إن جزم بالاحتمال المزبور فى المسالک فى كتاب اللعان، و الله العالم.

و كيف كان فيتحقق الدخول الموجب لإلحاق الولد و غيره من الأحكام بغيبوبه الحشفه خاصه أو قدرها من مقطوعها فى القبل و إن لم ينزل، كما هو صريح بعض النصوص (۳)الوارده فى العزل و فى المتعه و غيرها، بل يمكن دعوى تواتر النصوص فيه معنى، ضروره ترتيب ذلک فيها على الوطء المتحقق بما سمعت قطعا، كما لا يخفى على من لاحظها، بل عن الشهيد فى قواعده أن الوطء فى الدبر على هذا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰۳- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۱ و الباب- ۳۳- من أبواب المتعه و الباب- ۵۹- من أبواب نكاح العبيد و الإماء و الباب ۱۶- و ۱۹ من أبواب أحكام الأولاد.

الوجه يساوى القبل فى هذا الحكم و غيره إلا فى مواضع قليله استثناها و فى المسالك «و

ما وقفت فى كلام أحد على ما يخالف ذلك» قلت: لعل الوجه فيه أيضا ما عرفته من صدق مسمى الوطء المعلق عليه الحكم، و الدبر أحد المأتيين(۱).

و كذا لو دخل بها و جاءت به لأقل من سته أشهر حيا كاملا فإنه لا يلحق به على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل لعل الإجماع بقسميه عليه و إن حكى عن الشيخين أنه خيراه بين نفيه و بين الاعتراف به للخبر السابق (۲)الذى قد عرفت الحال فيه لكنه شاذ لا يقدح فى تحصيل الإجماع، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (۳)بخلافه، و قد سمعت دعوى الإجماع من المؤمنين أو المسلمين على أن السته أشهر أقل الحمل و غيرها من الأدله على ذلك، و احترز بالحياه و الكمال عما ولدته فى هذه المده غير حى أو ناقص الخلقه، فإنه يلحق به مع إمكان تولده منه عاده، للأصل المزبور، فتجب حينئذ عليه مئونه تجهيزه، و يستحق ديته لو جنى عليه، إلى غير ذلك من الأحكام المترتبه على لحوقه به، نعم لو لم يمكن فى العاده لحوقه به لم يلحق به، كما هو واضح.

و الظاهر أنه يجرى هنا ما سمعته فى السابق من الحكم بعدم اللحوق فى المتولد حيا كاملا لأقل من سته إذا كان ذلك معلوما، أما مع الجهل فالظاهر الحكم باللحوق للأصل الذى قدمناه، بل لعله هنا أولى باعتبار تحقق الدخول الذى هو أصل فى الحكم باللحوق حتى يعلم فساده بالعلم بالتولد للأقل و نحوه، و ستسمع لذلك تتمه إنشاء الله.

و كذا لو اتفقا على انقضاء ما زاد عن تسعه أشهر أو عشره من زمان الوطء أو ثبت ذلك بغيبه متحققه تزيد عن أقصى الحمل، و لا يجوز له إلحاقه بنفسه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد.

و الحال هذه لما عرفت من عدم اللحوق مع التجاوز عن أكثر الحمل، نعم ذلك كذلك مع العلم، أما مع الشك فالظاهر اللحوق، للأصل السابق على نحو ما سمعته سابقا، و حينئذ فلا خلاف و لا إشكال في شيء من الأحكام المزبوره إلا في ثبوت ذلك بل و السابقين بالاتفاق على عدم حصول الشرط، ضروره تعلق الحكم بغيرهما و هو الولد، فلا يجدى اتفاقهما على نفيه عنه.

و ربما وجه بأن الحق منحصر فيهما، و الفعل لا يعلم إلا منهما، و إقامه البينه على ذلك متعذره أو متعسره، فلو لم يكتف باتفاقهما عليه و ألحقنا به الولد حتما نظرا إلى الفراش لزم الحرج و الإضرار به، حيث يعلم انتفاؤه عنه في الواقع و لا يمكنه نفيه ظاهرا، و لأن الشارع أوجب نفيه عنه مع العلم بانتفائه، و جعل له وسيله مع إنكار المرأه اللعان، فلا بد في الحكم من نصب وسيله إلى نفيه مع تصادقهما ليثبت الحكم اللازم له شرعا، و لا يمكن ذلك باللعان المشروط بتكاذبهما، فلم يبق لانتفائه إلا الاتفاق المزبور، و هو كما ترى.

بل عن الشهيد إشكاله بأنهما لو اتفقا على الزنا لم ينتف الولد، و لحق بالفراش و كذا هنا، و إن كان فيه أن مجرد الزنا غير كاف في انتفاء الولد عن الفراش إذا كان قد وطأ وطءا يمكن إلحاقه به، لما ثبت شرعا من أن

«الولد للفراش و للعاهر الحجر»(۱)

و هذا بخلاف ما لو اتفقا على عدم الوطء في المده المذكوره، لأن الولد لا يمكن لحوقه بالزوج من دون الوطء في مده الحمل، و من ثم اتفقوا على أنه لو ثبت عدم الوطء في المده بالبينه حيث يمكن إثباتها كما لو اتفقت الغيبه انتفى عنه بغير إشكال بخلاف ما إذا ثبت زناها بالبينه، فإنه لا يوجب نفيه عن الزوج و لا عن المرأه مع وجود الفراش الذى يمكن إلحاقه به، فافترق الأمران، اللهم إلا أن يريد الشهيد بالاتفاق على الزنا الاتفاق على كون الولد منه لا من وطء الفراش.

و على كل حال فالإشكال بما ذكرناه- من منع انحصار الحق في الزوجين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

حتى يقبل تصادقهما فيه، لأن للولد حقا فى النسب- متجه خصوصا مع حكمهم كما قيل بأنه لو ادعى مدع مولودا على فراش غيره بأن ادعى وطءه بالشبهه و صدقه الزوجان فلا بد من البينه، لحق الولد، فلا يكفى تصديق الزوجين فى دعوى الولد، و مثل هذا آت هنا، لكن فى المسالك «أنه وافق المصنف على هذا المدعى،

إلا أنه يمكن منعه بما ذكرناه من الحرج و الضرر، و كيف يجتمع الحكم بعدم جواز إلحاقه و وجوب نفقته مع الحكم بعدم انتفائه عنه بوجه من الوجوه حيث يتعذر إقامه البينه» قلت: اختلاف الأحكام ظاهرا و واقعا غير عزيز، فلا يكون ذلك دليلا على الدعوى، نعم قد يقال: إن التصادق منهما مسقط حق التداعى بينهما، أما الولد فإذا كبر كان له حق الدعوى، و يمكن حمل كلام المصنف و غيره على ذلك، و الله العالم.

و لو وطأها واطئ فجورا و لو بعده كان الولد لصاحب الفراش فضلا عن تهمتها به مع فرض وطئه على وجه يمكن إلحاق الولد به، فإنه أظهر أفراد

قوله (۱): «الولد للفراش و للعاهر الحجر»

المتفق على مضمونه، فلا ينتفى عنه حينئذ إلا باللعان إذا لم يصرح باستناد النفى إليه، و إلا لم ينتف به أيضا على ما فى كشف اللثام و إن كان قد يشكل بإطلاق أدله اللعان مع فرض إقدامه عليه و لو لاطمئنانه فى السبب المزبور، و لعله لذا أطلق المصنف و غيره، و ستسمع فى كتاب اللعان التحقيق فى ذلك إنشاء الله.

و على كل حال ف لا ينتفى عنه فى الفرض المزبور إلا باللعان لأن الزانى لا ولد له، و إنما له الحجر، فلا يعارض وطؤه وطء ذى الفراش سبق أو تأخر و شابهه الولد فى الخلق و الخلق أو لا، و

خبر داود بن فرقد(۲)عن الصادق عليه السلام «أتى رجل رسول الله صلى الله عليه و آله، فقال: يا رسول الله إنى خرجت و امرأتى حائض و رجعت و هى حبلى، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: من تتهم؟ (قال: اتهم رجلين) قال: ائت بهما،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰۰- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲.

فجاء بهما، فقال رسول الله صلی الله علیه و آله: إن یک ابن هذا فسیخرج قططا کذا و کذا، فخرج کما قال رسول الله صلی الله علیه و آله، فجعل معقلته علی قوم أمه و میراثه لهم»

مع الإرسال یحتمل طول الغیبه أو غیر ذلک، و ما ورد فی بعض الأخبار(۱)من أن القیافه فضله من النبوه، و العمل علیها منهم علیهم السلام فی بعض الأحیان (۲)محمول علی ما لا ینافی المقام المجمع علیه نقلا و تحصیلا.

و احترز بالفجور عن الوطء شبهه علی وجه یمکن تولده منهما، فإنه یقرع بینهما، و یلحق بمن تقع علیه القرعه، لأنها حینئذ فراش لهما، من غیر فرق بین وقوع الوطءین فی طهر و عدمه مع إمکان الإلحاق بهما، نعم لو أمکن لأحدهما دون الأخر تعین له من دون قرعه، کما أنه ینتفی عنهما بعدم إمکانه منهما، و هو واضح.

و لو اختلفا فی الدخول أی الوطء الموجب لإلحاق الولد و عدمه فادعته المرأه لتلحق به الولد و أنکره أو اتفقا و لکن اختلفا فی ولادته فنفاها و ادعی أنه أتت به من خارج

فالقول قول الزوج مع یمینه للأصل، و لأن الأول من فعله، فیقبل قوله فیه، و الثانی یمکنها إقامه البینه علیه، فلا یقبل قولها فیه بغیرها، و کذا إذا کبر الولد فادعی کونه ولدا له.

و لو اتفقا علیهما و اختلفا فی المده فادعی ولادته لدون سته أشهر أو لأزید من أقصی الحمل ففی اللمعه حلفت، و فی الروضه «تغلیبا للفراش، و لأصاله عدم زیاده المده فی الثانی- لکن قال-: أما الأول فالأصل معه، فیحتمل قبول قوله فیه عملا بالأصل، و لأن مآله إلی النزاع فی الدخول فإنه إذا قال لم تنقص السته أشهر من حین الوطء فمعناه أنه لم یطأ منذ سته أشهر، و إنما وقع الوطء فیما دونها،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب ما یکتسب به الحدیث ۲ من کتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب نکاح و العبید و الإماء الحدیث ۴ و ۵ و الکافی ج ۱ ص ۳۲۲ و صحیح مسلم ج ۴ ص ۱۷۲.

و ربما فسر بعضهم النزاع فی المده بالمعنی الثانی خاصه، فیوافق الأصل، و لیس ببعید إن تحقق فی ذلک خلاف، إلا أن کلام الأصحاب مطلق» و کذا فی المسالک و زاد أنه «لو نظر فی تقدیم قولها إلی أنها مع الاجتماع و الخلوه یکون الظاهر الدخول لکان ذلک مشترکا بین المسألتین» إلی آخره.

قلت: فی تحقیق الحال أن یقال: إن قاعده الفراش حجه شرعیه، فالموافق لمقتضاها منکر علی نحو قاعده ید المسلم علی المال، فلو فرض کون النزاع بینهما بکون الولد له و عدمه علی وجه إبراز التداعی علی هذا الوجه فلا ریب فی أن القول قول مدعی الإلحاق بیمینه، نعم لو لم یقتصر فی الدعوی، بل أسنده إلی سبب خاص علی وجه یکون لحوق الولد به تبعا، کما لو ادعت الامرأه الدخول بها بحیث یلحق به الولد أو ادعت الولاده فأنکره کان القول قول المنکر، نحو ما لو أسند المسلم ما فی یده إلی سبب خاص یقتضی بطلان دعوی المدعی، کما لو قال: «اشتریته منک» کان القول قول منکره بیمینه، هذا کله فیما یتعلق بالمسأله الأولی.

أما الثانیه و هی الاختلاف فالظاهر أن مبناها أصاله لحوق الولد بالوطء المحترم حتی یتبین فساد ذلک، و هی قاعده أخری غیر قاعده «الولد للفراش» و لو لکونها أخص منها، و حینئذ فمتی تحقق الوطء حکم شرعا بلحوق الولد إلا إذا علم العدم بالوضع لأقل الحمل أو لأقصاه أو لغیر ذلک، ففی الفرض الذی قد تحقق فیه الوطء و اختلفا فی المده تکون المرأه منکره علی کل حال باعتبار موافقه دعواها الأصل المزبور، من غیر فرق بین دعوی الزوج الأزید من أقصی الحمل أو الأقل من أدناه، إذ هو علی کل حال مدع ما ینافی أصاله لحوق الولد بالواطی، و لعله لذا أطلق الحلف، بل و أولی مما فی کشف اللثام من تعلیله بالرجوع إلیها فی العلوق بالولد فإنه من فعلها فیقدم قولها مطلقا.

و فی الریاض بعد أن حکی ما سمعته من الروضه قال: «لکن فی الاکتفاء بمثله فی الخروج عن الأصل إشکال إلا أن یعتضد

بعموم «الولد للفراش»

و لا

ينتقض بصوره وقوع النزاع فى الدخول، لعدم ثبوت الفراش فيها بدون ثبوته، بخلاف المقام، لثبوته باتفاقهما عليه، هذا مع إمكان المناقشه فى الأصل الذى ادعى كونه مع الزوج، كيف و هو معارض بأصاله عدم موجب للحمل لها غير دخوله، و بعد التعارض لا بد من المصير إلى الترجيح، و هو معها. للعموم المتقدم، و لا ينتقض بالصوره المتقدم ذكرها، لانتفاء المرجح المزبور فيها كما مضى، فهذا أقوى».

و فيه (أولا) أن المراد بالفراش المرأه كما عن بعضهم، أو الزوج كما عن المصباح المنير، و معناه على الأول ان الولد الذى افتراش المرأه، فيتحقق حينئذ بمطلق الدخول بالمرأه و لو الوطء الذى قد اتفقا على عدم التولد منه، فيتجه شموله للصوره الأولى، و لا مخلص منه إلا بما ذكرناه من إسناد دعواها إلى ما يقتضى الأصل نفيه من وطء زائد على ما تحقق به اسم الفراشيه، كما يقتضى به فرض كلامهم فى الأعم من التى تحقق فيه الفراشيه و عدمه، بل هو فى الثانى أظهر، إذ ذاك مبنى على عدم قبول قولها مع فرض الخلوه، ترجيحا للأصل على الظاهر مع احتمال العكس، و كلامهم أجنبى عن ذلك هنا، كما لا يخفى على من له أدنى نظر و تأمل و أما على الثانى فالمراد به واضح، و على كل حال فلا يخرج منه إلا ما علم ولادته بلا وطء من الزوج.

و (ثانيا) أن أصل عدم موجب آخر للحمل لا يقتضى صحه دعواها من كون الوطء لأقل الحمل، و إلا لاقتضى أصل عدم التولد من وطئه ثبوت وطء غيره نعم إن كان مراده بأصل عدم موجب للحمل الإشاره إلى ما ذكرنا من الأصل الشرعى فى الحكم بلحوق الولد مع تحقق الوطء إلا أن يعلم فساده بالتولد لدون أقصى الحمل أو لأزيد من أقصاه أو لغير ذلك كان متجها.

ثم قال: «و حيث قدمنا قولها فالمتجه عند جماعه منهم شيخنا الشهيد فى اللمعه توجه اليمين عليها، و ربما لاح من كلام بعض كما حكى عدمه، و لا بأس به نظرا إلى الأصل و انتفاء المخرج، بناء على أن تقديم قولها ليس لإنكارها حتى يتوجه عليها اليمين، بل لتغليب جانب الفراش المستدل عليه بالعموم المتقدم، و ليس

فيه اعتبار اليمين، و لكن الأحوط اعتباره» و فيه أنها ليست إلا منكره، و لـذا تقبل البينه فى مقابل قولها، و تغليب جانب الفراش لا ينافى توجه اليمين عليها، لاحتمال نكولها و اعترافها بعدم الدخول الذى يتسبب منه (فيه خ ل) الوطء.

و كيف كـان فقـد ظهر لك أنه مع الـدخول و انقضاء أقل الحمل و عـدم تجاوزه أقصاه لا يجوز له نفى الولـد، لمكان تهمه أمه بـالفجور بـل و لاـ مع تيقنه سواء ظن انتفـاؤه عنه أو لا و حينئـذ ف لو نفاه لم ينتف إلا باللعان إذ الفرض إمكان تولـده منه، و قد سمعت

قوله صلى الله عليه و آله (۱): «الولد للفراش»

المتفق على مضمونه، و لا يستثنى من ذلك إلا وطء الشبهه على حسب ما عرفت.

و لو طلقها فاعتـدت ثم جاءت بولـد ما بين الوطء الـذى لحقه الفراق إلى أقصـى مده الحمل لحق به الولد إذا لم توطأ بعقد و لا شبهه و إن وطئت زنا بلا خلاف و لا إشـكال، لأنها فراشه، و لم يلحقها فراش آخر يشاركه فى الولد، بل بناء على ما ذكرنا يلحق به أيضا لو لم يعلم الحال، لقاعده الفراش أيضا، نعم لو كان بدون الأقل أو الأزيد من الأقصى انتفى عنه قطعا.

أمـا إذا لحقه فراش آخر بعقـد أو شـبهه فان لم يمكن لحوقه بالثانى فهو للأول، و إن لم يمكن لحوقه بالأول فهو للثانى، و إن لم يمكن لحوقه بواحـد منهما انتفى عنهما، و إن كان قابلا للالتحاق بكل منهما ففى ترجيح الثانى أو القرعه قولان، قد تقدم الكلام فيهمـا سابقـا، و يأتى أيضا، و لا ريب فى أن الأقوى منهما ما هو المشـهور بين الأصـحاب من كونه للثانى للنصوص (۲)التى فيها الصحيح و غيره.

و لو زنى بامرأه فأحبلها ثم تزوج بها لم يجز إلحاقه به، و كذا لو زنى بأمه فحملت ثم ابتاعها لما سـمعت من النص (۳)و الإجماع على أن للزانى الحجر، و تجدد الفراش لا يقتضى إلحاق المحكوم بانتفائه إذ المراد من

«الولد للفراش»

المنعقد فى الفراش لا المتولد مطلقا، و لذا انتفى عنه ما كان منعقدا قبل الفراش، و لم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱ و ۱۱ و ۱۲ و ۱۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

ينتف المنعقد فيه و إن زال عنه حال التولد بطلاق مثلا، كل ذلك مضافا إلى

خبر على بن مهزيار عن محمد بن الحسن القمى (۱)قال: «كتب بعض أصحابنا على يدى إلى أبى جعفر عليه السلام: جعلت فداك ما تقول فى رجل فجر بامرأه فحملت، ثم إنه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد، و هو أشبه خلق الله به؟ فكتب بخطه و خاتمه: الولد لغيه لا يورث».

و على كل حال فقد عرفت مما قدمنا سابقا أنه يلزم الأب الإقرار بالولد مع اعترافه بالدخول و ولاده زوجته له على وجه يوجب إلحاقه به فلو أنكره و الحال هذه لم ينتف عنه إلا باللعان كما هو واضح، بل هو كالمستغنى عنه بما سبق، بل قد ظهر مما قدمنا سابقا أن المتجه الحكم باللحوق بعد تحقق الفراشيه و إن لم يعلم دخوله فى المسبب لانعقاد الولد، لقاعده الفراش، خصوصا على ما سمعته من المعنى الثانى، و إنما قلنا بتقديم قوله بعدم الدخول مع فرض التداعى فيه لإراده إلحاق الولد به لا مع عدم تداع فيه، و لا ينافى ذلك ذكرهم له بعنوان الشرطيه المقتضيه للشك فى المشروط بالشك فى حصولها، ضروره أن ذلك طريق شرعى لما يستلزم الحكم شرعا بحصولها حتى يعلم العدم.

و كذا الكلام لو اختلفا فى المده على الوجه الذى قد عرفت تفصيل الحال فيه، فلا حظ و تأمل.

و كذا عرفت الحال فيما لو طلق امرأته فاعتدت و تزوجت أو باع أمته فوطأها المشترى أو أعتقها فاعتدت و نكحت ثم جاءت بولد لدون سته أشهر كاملا، فهو للأول، و إن كان لسته أشهر فصاعدا فهو للثانى ففى

خبر زراره(۲)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت و قد اعتدت و وضعت لخمسه أشهر فهو للأول، و إن كان ولد أنقص من سته فلأمه و لأبيه الأول، و إن ولدت لسته أشهر فهو للأخير».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰۱- من أبواب أحكام الأولاد.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱۱.

و مرسل جمیل (۱)عن أحدهما علیهما السلام «فی المرأه تزوج فی عدتها، قال:

یفرق بینهما، و تعتد عده واحده منهما جمیعا، و إن جاءت بولد لسته أشهر أو أکثر فهو للأخیر، و إن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول»

و فی

خبر أبی العباس (۲)قال: «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخیر، و إن کان أقل من سته أشهر فهو للأول»

و فی

صحیح الحلبی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «إذا کان للرجل منکم الجاریه یطؤها فیعتقها فاعتدت و نکحت فان وضعت لخمسه أشهر کان من مولاها الذی أعتقها، و إن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخیر»

و من ذلک کله یعلم ضعف القول بالقرعه، مضافا إلی ما قیل من ظهور أدله الفراش فی الفعلی منه، و الله العالم.

[أحکام ولد الموطوءه بالملک]

و أما أحکام ولد الموطوءه بالملک ف إذا وطأ الأمه به فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا إلی أقصی الحمل لزمه الإقرار به إن لم تظهر أماره الخلاف، کما ستسمع الکلام فیه و إن لم نقل أنها فراش، کما هو المشهور بلا خلاف، بل فی کشف اللثام اتفاقا کما یظهر منهم، بل و لا إشکال، لقاعده لحوق الولد للوطء المحترم مع الإمکان، و ل

صحیح سعید بن یسار(۴)سأل الکاظم علیه السلام «عن الجاریه تکون للرجل یطیف بها و هی تخرج فتعلق، قال: أ یتهمها الرجل أو یتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد»

و سأل الصادق علیه السلام فی حدیث آخر(۵)«عن رجل وقع علی جاریه له تذهب و تجی ء و قد عزل عنها، و لم یکن منها إلیها، ما تقول فی الولد؟ قال: أری أن لا یباع هذا یا سعید» قال: «و سألت أبا الحسن علیه السلام فقال: أ یتهمها؟ فقلت: أما تهمه ظاهره فلا، قال: فیتهمها أهلک؟

فقلت: أما شی ء ظاهر فلا، فقال: فکیف تستطیع أن لا یلزمک الولد؟».

و لکن لو نفاه انتفی و لم یحتج إلی أن یلاعن أمه، و حکم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱۲.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
٤- ۴ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.
٥- ۵ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۵.

بنفيه عنه ظاهرا إجماعا بقسميه اقتصارا فى اللعان المخالف للأصل على موضع النص (۱)و هو الأزواج، و إذا انتفى اللعان فيها لزم الانتفاء بالنفى، إذ لم يبق طريق إليه غيره، و هو بمنزله فعله لا يعلم إلا منه، فيقبل فيه قوله.

نعم لو اعترف به بعد ذلك الحق به لعموم إقرار العقلاء(۲)و فحوى صحيح الحلبى (۳)بمثله فى ولد الملاعنه، لكن الظاهر أنه أنما يترتب عليه من أحكام النسب ما عليه دون ما له أخذا بإقراريه كما صرحوا به فى ولد الملاعنه وفاقا للأخبار(۴).

و لو وطأ الأمه المولى و أجنبى فجورا حكم بالولد للمولى للأصل السابق الذى لا يعارضه وطء الزانى الذى ليس له إلا الحجر، و للأخبار ک

خبر سعيد الأعرج (۵)سأل الصادق عليه السلام «عن رجلين وقعا على جاريه فى طهر واحد لمن يكون الولد؟ قال: للذى عنده الجاريه، لقول رسول الله صلى الله عليه و آله: الولد للفراش و للعاهر الحجر»

أما إذا كان الوطء شبهه فالقرعه، لما عرفته سابقا.

و لو انتقلت الأمه إلى موال بعد وطء كل واحد منهم لها حكم بالولد لمن هى عنده إن جاء لسته أشهر فصاعدا منذ يوم وطئها، و إلا كان للذى قبله إن كان لوطئه سته أشهر فصاعدا، و إلا كان للذى قبله، و هكذا الحكم فى كل واحد منهم بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال فى كونه للأخير منهم، لما سمعته من النصوص (۶)۲۷۳۶۴- ۲۷۳۶۲ السابقه مضافا إلى

خبر الصيقل (۷)عن أبى عبد الله عليه السلام «سمعته يقول و سئل عن رجل اشترى جاريه ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الإقرار الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب ميراث ولد الملاعنه الحديث ۱- من كتاب المواريث.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب ميراث ولد الملاعنه من كتاب المواريث.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱ و ۱۱ و ۱۲ و ۱۳.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۲.

رحمهـا، قـال: بئس مـا صـنع، يسـتغفر الله و لاـ يعود، قلت: فان باعها من آخر و لم يسـتبرئ رحمها ثم باعها الثانى من رجل آخر فوقع عليها و لم يستبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث. فقال أبو عبد الله عليه السلام: «الولد للفراش و للعاهر الحجر»

و عن الشيـخ روايته بسند آخر عن الصيقل (۱)قال: «سـئل أبو عبد الله عليه السـلام» و ذكر مثله، إلا أنه قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للذى عنده الجاريه»

و عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السـلام (۲)«و إن كانوا ثلاثه واقعوا جاريه على الانفراد و بعـد أن اشتراها الأول و واقعها ثم اشتراهـا الثانى و واقعها ثم اشتراها الثالث و واقعها كل ذلك فى طهر واحـد فأتت بولـد لكان الحق أن يلحق الولـد بالـذى عنـده الجـاريه و يصبر، لقول رسول الله صـلى الله عليه و آله: الولـد للفراش و للعـاهر الحجر، هـذا مما لا يخرج فى النظر و ليس فيه إلا التسليم»

نعم ليس فى الجميع إلحاقه بالذى قبله مع تعذره و لعله لأنه بتعذر الأخر يصير الاشكال فيما بينه و بين ما تقدمه، فهو بمنزله ما لو وقع الاشـكال فيه قبل الانتقال إلى الثالث، و لا يترتب فى ترجيحه حينئذ، لما سـمعته من النصوص التى يسـتفاد منها نسخ اللاحق للسابق مع الإمكان، و المقام منه، و الله العالم.

و لو وطأهـا المشتركون فيها فى طهر واحـد أو متعـدد عالمين بالحرمه أو جاهلين، أذن كل واحـد منهم للآخر أولا فولـدت ولـدا على وجه يمكن لحوقه بكل واحد منهم و تداعوه أو سـكتوا أقرع بينهم إذ من المعلوم عدم لحوقه بالجميع، لأن التكون من أكثر من نطفه منـدفع بـالنص و الإجمـاع فمن خرج اسـمه ألحق به الولـد و أغرم حصـص البـاقين من قيمه أمه و قيمته يوم سـقط حيا ضروره كون الجاريه بالنسـبه إليه أم ولد، و كون الولد ولدا له، فهو حينئذ كالجانى على حصصـهم، إذ قد سـمعت فيما تقدم أن الأمه المشتركه إذا وطأها أحد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۳.

۲- ۲ البحار ج ۱۰۴ ص ۶۳ ط الحديث.

الشـركاء أثم و عزر، لكن لا يكون زانيا بل يكون عاصـيا، و يلحق به الولـد، و تكون الجاريه أم ولـد، و يغرم حصه الشـريك من الأم و الولد، و بعد القرعه يرجع الأمر إلى ذلك.

و لو ادعـاه واحـد منهم و نفـاه البـاقون ألحق به و أغرم حصـص البـاقين من قيمه الأـم و الولـد، لانتفائه عن غيرهم بالنفى من غير لعان، إذ حكم كل واحـد بالنسـبه إلى هذا الولد مثله من الأمه الموطوءه المنفرده من حيث اللحوق، و تحريم النفى مع عدم العلم بنفيه، و انتفائه بالنفى من غير لعان، و إنما يزيد هنا توقف لحوقه بأحدهم مع تداعيهم أو سـكوتهم على القرعه، كما لو وطأ الأمه غير مالكها معه شبهه وطءا يمكن لحوقه بكل منهما.

و الأصل فى ذلك- مضافا إلى بعض ما تقدم فى وطء أحد الشريكين-

حسنه أبى بصير(۱)عن أبى جعفر عليه السـلام قال: «بعث رسول الله صـلى الله عليه و آله عليا صلوات الله و سلامه عليه إلى اليمن فقـال له حين قـدم: حـدثنى بـأعجب ما مر عليك، قال: يا رسول الله أتانى قوم قـد تبايعوا جاريه فوطؤوها جميعا فى طهر واحـد، فولدت غلاما فأصبحوا فيه يدعونه، فأسـهمت بينهم و جعلته للذى خرج سهمه و ضمنته نصيبهم، فقال النبى صلى الله عليه و آله: إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله تعالى إلا خرج سهم المستحق»

و صحيح الحلبى (۲)عن أبى عبد الله عليه السـلام «إذا وقع الحر و العبد و المشرك بامرأه فى طهر واحد فادعوا الولد أقرع بينهم، فكان الولد للذى يخرج سهمه».

و صـحيح معاويه بن عمار(۳)عنه عليه السـلام أيضـا «إذا وطأ رجلان أو ثلاثه جاريه فى طهر واحـد فولـدت فادعوه جميعا أقرع بينهم، فمن قرع كان الولد ولده، و يرد قيمه الولد على صاحب الجاريه».

و صحيح سلمان بن خالد(۴)عنه عليه السلام أيضا قال: «قضى على عليه السلام فى ثلاثه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۲ عن سليمان بن خالد.

وقعوا علی امرأه فی طهر واحد، و ذلک فی الجاهلیه قبل أن یظهر الإسلام، فأقرع بینهم و جعل الولد لمن قرع، و جعل ثلثی الدیه للآخرین، فضحک رسول الله صلی الله علیه و آله حتی بدت نواجده، و قال: لا أعلم فیها شیئا إلا ما قضی علی علیه السلام»

و صحیح الحلبی (۱)عنه علیه السلام أیضا «إذا وقع المسلم و الیهودی و النصرانی علی المرأه فی طهر واحد أقرع بینهم، و کان الولد للذی تصیبه القرعه».

لکن فی المسالک بعد أن ذکر الخبر الأول قال: «و الأصحاب حکموا بمضمونها، و حملوا

قوله علیه السلام: «و ضمنته نصیبهم»

علی النصیب من الولد و الأم معا، کما لو کان الواطئ واحدا منهم ابتداء، فإنه یلحق به و یغرم نصیبهم منها، لکن یشکل الحکم بضمانه لهم نصیب الولد لادعاء کل واحد منهم أنه ولده.

و أنه لا یلحق بغیره، و لازم ذلک أنه لا قیمه له علی غیره من الشرکاء، و هذا بخلاف ما لو کان الواطئ واحدا، فان الولد محکوم بلحوقه به، و لما کان من نماء الأمه المشترکه جمع بین الحقین بإغرامه قیمه الولد لهم و إلحاقه به بخلاف ما هنا، و الروایه لیست صریحه فی ذلک، لأن قوله: «و ضمنته نصیبهم» یجوز إراده النصیب من الأم لأنه هو النصیب الواضح لهم باتفاق الجمیع بخلاف الولد، و یمکن أن یکون الوجه فی إغرامه نصیبهم من الولد أن ذلک ثابت بزعمه أنه ولده، و دعواهم لم تثبت شرعا، فیؤخذ المدعی بإقراره بالنسبه إلی حقهم، و النصیب فی الروایه یمکن شموله لهما معا من حیث إن الولد نماء أمتهم، فکل منهم له نصیب فیه، سواء ألحق به أم لا، و لهذا یغرم من ألحق به نصیب الباقین فی موضع الوفاق و علی کل حال فالعمل بما ذکره الأصحاب متعین، و لا یسمع الشک فیه مع ورود النص به ظاهرا و إن احتمل غیره».

و فیه (أولا) أن النصوص التی سمعتها غیر الخبر الأول صریحه فی ضمان قیمه الولد، حتی الخبر الأخیر المراد من الدیه فیه القیمه بناء علی أن مورد الجمیع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب میراث ولد الملاعنه الحدیث ۱ من کتاب المواریث.

الأمه المشترکه و لو لقرائن تدل علی ذلک، کما أن

قول الصادق علیه السلام لعبد الله ابن سنان (۱)فیما أرسله الشیخ عن یونس «فی قوم اشترکوا فی جاریه فائتمنوا بعضهم و جعلوا الجاریه عنده فوطأها: یجلد الحد و یدرأ عنه بقدر ما له فیها، و تقوم الجاریه، و یغرم ثمنها للشرکاء، فان کانت القیمه فی الیوم الذی وطأ فیه أکثر من ما اشتریت به ألزم أکثر الثمن، لأنه قد أفسد علی شرکائه، و إن کانت القیمه فی الیوم الذی وطأ أکثر مما اشتریت به یلزم الأکثر لاستفسادها»

نعم روی مثله

فی موضع آخر مسندا(۲)و زاد فیه «قلت: فإن أراد بعض الشرکاء شراءها دون الرجل، قال: ذلک له، و لیس له أن یشتریها حتی یستبرئ، و لیس علی غیره أن یشتریها إلا بالقیمه»

و هو یدل علی عدم الإجبار علی التقویم و إعطاء القیمه و یمکن أن یکون ذلک فی حال عدم ولادتها منه و إلا فهی أم ولد له فی الظاهر.

و (ثانیا) أن ما أورده من الاشکال کما یجری فی الولد یجری فی الأم أیضا، ضروره أن مقتضی دعوی کل واحد منهم صیرورتها أم ولد له، فلا وجه لأن یأخذ الغرامه عوضها مع وجوبها علیه، فحمله النصیب علی النصیب منها لا یرفع الاشکال، اللهم إلا أن یقال: إن أخذه باعتبار الحیلوله بینه و بین ملکه.

و (ثالثا) أن إلزامه بإقراره لا- یقتضی استحقاقهم علیه، أقصاه صیروره المال مجهول المالک، و الذی یقوی فی النظر حمل الدعوی فی النص و الفتوی من کل واحد علی إراده الجمیع معرفه لحوقه بواحد منهم، لأن کل واحد منهم یدعیه أنه له، فان ذلک مع الطریق له فی غایه البعد، و إنما المراد عدم نفی أحد منهم إیاه عن نفسه، بل أرادوا معرفه ذلک بالقرعه، و حینئذ فیتجه بعدها الغرامه لهم، أو یقال: إنه بالقرعه التی هی

۱- ۱ التهذیب ج ۱۰ ص ۲۹- الرقم ۹۶ و فیه «و یغرم ثمنها للشرکاء، فان کانت القیمه فی الیوم الذی وطأ أقل مما اشتریت به.».

۲- ۲ أشار إلیه فی الوسائل فی الباب- ۱۷- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۱ من کتاب التجاره و ذکرها فی التهذیب ج ۷ ص ۷۲ الرقم ۳۰۹.

أماره لاستخراج الواقع يعلم كذب دعوى كل مدع منهم، فله حينئذ تناول الغرامه ممن خرجت القرعه له، و على كل حال فالأمر كما ذكره الأصحاب من غرامه قيمه الأم و الولد، و لا يقدح فيه ما قيل من عدم تعرض الشيخين و ابن زهره إلا لقيمه الولد، و ابن سعيد إلا لقيمه الأم و للعقر، فان ذلك ليس خلافا، و على تقديره فهو محجوج بما عرفت.

و كيف كان ف ان ادعاه واحد منهم خاصه و نفاه عنه غيره ألحق به بلا قرعه و ألزم حصص الباقين من قيمه الأم و الولد بلا خلاف و لا إشكال، لانتفائه عمن نفاه عنه بنفيه، إذ هو أولى من الواطئ المتحد، بل فى كشف اللثام ذلك كذلك مع السكوت، لأنه بمنزله النفى، و لأنه مدع بلا منازع، و للرجحان بدعواه مع سكوت الغير، فلا إشكال ليقرع، و لأن القرعه لإثبات النسب إلى واحد، و قد ثبت، و الأصل انتفاؤه عن الغير، و لاختصاص نصوص القرعه فيها بصوره التداعى، و إن كان قد يشكل بأعميه السكوت من النفى، فلا يتزل منزلته، و بظهور النصوص فى كون الموضوع من المشتبه فى نفسه المحتاج تميزه و تعينه إلى القرعه، و نصوص القرعه إنما يراد منها عدم نفى أحد منهم، و الكلام فى ثبوته للمدعى مع سكوت الباقين بدون القرعه كى يثبت النسب، خصوصا مع دعوى الساكت بعد سكوته، و رجحانه عليهم بالدعوى لا دليل عليه شرعا.

ثم من المعلوم عدم جواز نفى النافى منهم أو جميعهم إلا مع العلم بانتفائه عنه، بل لو علم كون نفيه لا لذلك لم يسمع نفيه، و لا ينتفى عنه بنفيه، و لو نفوه أولا عنهم ثم أقروا بعد ذلك أنه لواحد منهم أمكن سماع هذا الإقرار فيما عليهم و الإخراج بالقرعه، و أولى بالقبول ما لو رجع كل منهم إلى دعواه بعد أن نفوه، نعم قد يقال بعدم سماع الإقرار بعد النفى و دعوى المدعى به و الحكم بلحوقه به، مع احتماله أيضا، كاحتمال عدم سماع الإقرار فى الأول لكونه ليس إقرارا، و لم نجد للأصحاب فى ذلك كلاما محررا، و الله العالم.

و لا يجوز نفى الولد لمكان العزل بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل

الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى النصوص (۱).

و لو وطأ المولى أمته و وطأها آخر فجورا ألحق الولد بالمولى فضلا عما لو اتهمها إجماعا بقسميه و نصوصا(۲)عموما و خصوصا إذا لم تكن أماره يظن منها كونه لغيره.

و أما لو حصل مع ولادته أماره يغلب بها الظن أنه ليس منه فعن جماعه على ما قيل بل الأكثر بل المشهور أنه لم يجز إلحاقه به و لا نفيه، بل ينبغي أن يوصى له بشي ء من ماله و لا يورثه ميراث الأولاد للنصوص التى منها

خبر ابن عجلان (۳)«إن رجلا من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال: قد ابتليت بأمر عظيم، إنى قد وقعت على جاريتى ثم خرجت فى بعض حوائجى فانصرفت من الطريق فأصبت غلامى بين رجلى الجاريه فاعتزلتها، فحملت ثم وضعت جاريه لعده تسعه أشهر فقال له أبو جعفر عليه السلام: احبس الجاريه و لا تبعها، و أنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجا، فان حدث بك حدث فأوص أن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجا»

و نحوه

خبر عبد الله (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام «إن رجلا من الأنصار أتى أبى».

لكن فيه مضافا إلى ذلك «فقال له أبى: لا ينبغى لك أن تقربها و لا أن تبيعها»

و خبر حريز(۵)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل كان يطأ جاريه له، و أنه كان يبعثها فى حوائجه، و أنها حملت، و أنه بلغه عنها فساد فقال أبو عبد الله عليه السلام: إذا ولدت أمسك الولد و لا تبعه و لا تجعل له نصيبا من دارك، قال: فقيل له: رجل يطأ جاريه و أنه لم يكن يبعثها فى حوائجه و أنه اتهمها و حبلت، فقال: إذا هى ولدت أمسك الولد و لا يبعه و يجعل له نصيبا من داره و ماله، و ليس هذه مثل تلك».

و خبر عبد الحميد بن إسماعيل (۶)الذى رواه المشايخ الثلاثه «سألت أبا عبد الله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۳- من أبواب المتعه الحديث ۵ و الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۵ و الباب- ۱۵ و ۱۹- من أبواب أحكام الأولاد.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۲ «فقال أبو عبد الله عليه السلام: إذا ولدت أمسك الولد، فلا يبيعه و يجعل له نصيبا من داره.».

۶- ۶ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۴.

علیه السلام عن رجل کانت له جاریه یطؤها و هی تخرج فحبلت فخشی أن لا یکون منه کیف یصنع؟ أ یبیع الجاریه و الولد؟ قال: یبیع الجاریه و لا یبیع الولد، و لا یورثه من میراثه شیئا»

و خبرا سعید(۱)المتقدمان فی أول المبحث المتضمن ظاهرهما علی اشتراط اللحوق بعدم التهمه.

و خبر محمد بن إسماعیل الخطاب (۲)«کتب إلیه یسأله عن ابن عم له کانت له جاریه تخدمه، و کان یطؤها، فدخل یوما منزله فأصاب معها رجلا تحدثه، فاستراب بها فهدد الجاریه، فأقرت أن الرجل فجر بها، ثم إنها حبلت بولد، فکتب إن کان الولد لک أو فیه مشابهه فیک فلا تبعها، فان ذلک لا یحل لک، و إن کان الابن لیس منک و لا فیه مشابهه منک فبعه و بع أمه»

و خبر یعقوب بن یزید(۳)«کتب إلی أبی الحسن علیه السلام: فی هذا العصر رجل وقع علی جاریه ثم شک فی ولده، فکتب إن کان فیه مشابهه منه فهو ولده».

و لکن لا یخفی علیک ما فی الجمیع بعد الغض عن السند فی أکثرها، ضروره عدم انطباق ما عدا الأخیرین علی المدعی الذی هو عدم الحکم بلحوق الولد مع الأماره التی یغلب الظن منها ذلک، إذ هی بین معلقه ذلک علی الزنا أو تهمته أو خوف أن لا یکون الولد منه، و نحو ذلک مما لا یقول به الخصم، فهی فی الحقیقه مخالفه للإجماع، معارضه بغیرها من النصوص (۴)العامه و الخاصه المصرحه بلحوق الولد مع الزنا فضلا عن تهمته، بل خبر حریز(۵)منها قد اشتمل علی التفصیل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۲ و ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۴ عن جعفر بن محمد بن إسماعیل الخطاب کما فی التهذیب ج ۸ ص ۱۸۰ و الاستبصار ج ۳ ص ۳۶۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۳.

بـالبعث فی حوائجه و بلوغه الفسـاد عنهـا و بین التهمه مع عـدم البعث، و هو شـی ء لاـ یقول به أحـد، بل ربما نوقش فی الأولین باحتمال رجوع الضمیر إلی الجاریه الوالده لا المولوده، و إراده المنع من الزنا من الحبس و المقاربه من

قوله علیه السلام: «و لا تقربها»

لا للنهی عن الإقرار بها، و إن کان هو کما تری مخالف لظاهر جمیع النصوص.

و أمـا الخبران الأـخیران فمع مخالفتهمـا لمـا عرفت قـد اشـتملا علی اشتراط اللحوق بالمشـابهه و لم یعتبره، بـل قیـل: إنه مخالف للإجماع، بل و للمعتبره الصریحه فی خلافه، ف

فی الخبر(۱)«إن رجلاـ أتی بـامرأته إلی عمر فقـال: إن امرأتی هـذه سـوداء و أنـا أسود، و إنهـا ولـدت غلامـا أبیض، فقـال لمن بحضرته: ما ترون؟

فقـالوا: نری أن ترجمهـا فإنهـا سوداء و زوجها أسود و ولـدها أبیض، قال: فجاء أمیر المؤمنین علیه السـلام و قـد وجه بها لترجم، فقال: ما حالکما؟ فحـدثاه، فقال للأسود: أ تتهم امرأتک؟ فقال: لا، قال: فأتیتها و هی طامث، قال: قد قالت لی فی لیله من اللیالی إنی طامث فظننت أنها تتقی البرد فوقعت علیها، فقال للمرأه:

و أنت طامث، قالت: نعم سله قد حرجت علیه و أبیت، قال: فانطلقا، فإنه ابنکما و إنما غلب الدم النطفه فابیض، و لو قد تحرک- أی نشأ و کبر- اسود، فلما أیفع اسود»

و مرسل ابن سـنان (۲)عن أبی جعفر علیه السـلام «أتی رجـل من الأنصـار رسول الله صـلی الله علیه و آله فقال: هـذه ابنه عمی و امرأتی لاـ أعلم منهـا إلاـ خیرا، و قـد أتتنی بولـد شدیـد السواد، منتشـر المنخرین، جعـد قطط أفطس الأنف لا أعرف شـبهه فی أخوالی و لا فی أجـدادی، فقال لامرأته: ما تقولین؟ قالت: لا و الـذی بعثک بالحق نبیا ما أقعـدت مقعـده منی منـذ ملکنی أحـدا غیره، قال: فنکس رسول الله صـلی الله علیه و آله رأسه ملیا ثم رفع رأسه إلی السـماء، ثم أقبل علی الرجل، فقال: یا هـذا إنه لیس من أحـد إلا بینه و بین ولـده تسعه و تسعون عرقا کلها تضـرب فی النسب، فإذا وقعت النطفه فی الرحم اضـطربت تلک العروق فسل الله الشبه لها،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

فهـذا من تلك العروق التى لم يـدركها أجـدادك و لا أجـداد أجـدادك، خذ إليك ابنك، فقالت المرأه: فرجت عنى يا رسول الله»

إلى غير ذلـك من النصوص (۱)التى يمكن دعوى تواترها فى عدم اعتبار المشابهه فى اللحوق بالأولاد شـرعا و لعله لما سـمعت قال المصنف و فيه تردد.

[أحكام ولد الشبهه]

و أمـا أحكـام ولـد الشـبهه فنقول الوطء بالشـبهه التى قـد تقـدم الكلاـم مشـبعا فى موضوعهـا و فى أنه يلحق به النسب كـالوطء الصـحيح بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسـميه عليه مضافا إلى النصوص (۲)فلو اشـتبهت عليه أجنبيه فظنها زوجته أو مملوكته على وجه يكـون مشـتبها فوطأهـا لحق به الولـد و إن لم تكن هى مشـتبهه، كمـا أنه يلحق بهـا الولـد مع شـبهتها و إن لم يكن هو كـذلك، و كذا لو وطأ أمه غيره لشـبهه، لكن فى الأمه يلزمه مضافا إلى العقر قيمه الولد يوم سـقط حيا، لأنه وقت الحيلوله بينه و بين مـاله الـذى هو نمـاء ملكه، أمـا قبله فليس بمتمول، و لاـ يـدخل تحت التقويم، كمـا تقـدم الكلاـم فى ذلك سابقا، و فى أن الحكم فى الولـد القرعه مع فرض الاشـتباه فى فراش آخر و صـلاحيته لكل واحد منهما، أما مع زواله فللأخير، و يأتى على كلام الشـيخ القرعه، لكن زوال فراش الشبهه يكون بتمام عدتها منه على الظاهر، و لو وطأها الزوج فى أثنائها فهو وطء فراش و إن أثم بذلك و ليس بزان، فيلحق به الولد مع عدم صـلاحيه التولد إلا منه، و يقرع بينه و بين المشـتبه مع صلاحيته لهما، و الظاهر ترتب فراش المشـتبهين كـالفراش الصـحيح، فيحكم به للأخير منهم، كما يحكم به له لو ترتب على الفراش الصـحيح فضـلا عن فراش الشبهه، و يقرع بينهم مع اتحاد الفراش، و يأتى فى النفى و الإقرار ما سمعته سابقا، و كذا فى دعوى الواحد مع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰۵- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴ و المستدرك الباب- ۷۶- منها الحديث ۱ و البحار ج ۶۰ ص ۳۴۰ و ۳۸۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶۷- من أبواب نكـاح العبيـد و الإماء و الباب- ۷- من أبواب العيوب و التـدليس و الباب- ۷- من أبواب عقد النكاح الحديث ۲.

سكوت الباقين أو نفيهم على نحو ما تقدم سابقا، كما أنه يأتى به الحكم للأخير مع إمكانه و إلا فلسابقه، و هكذا.

و بالجمله ينزل فراش المشتبه منزله فراش الصحيح، و يلحظ الحكم به كذلك و لعل العمده فى ذلك الإجماع، و لولاه لأمكن القول بترجيح فراش المالك مثلا على فراش المشتبه عملا بإطلاق ما دل (۱)على الحكم به لمن هى عنده، فتأمل، هذا كله فى الرجل المشتبه.

أما إذا كان الاشتباه بالنسبه إلى الامرأه خاصه فقد يتوهم بجريان القرعه بينها و بين زوجها فى اختصاصها بالولد و اشتراكهما فيه، و

قوله صلى الله عليه و آله(۲): «للعاهر الحجر»

لا ينافى ذلك، بل قد يقال بجريان جميع الأحكام السابقه على تقدير اشتباه الزوج، إلا أنى لم أجد ذلك فى شى ء من كلمات الأصحاب، بل ربما لاح من بعضها ما ينافيه، و لعله كذلك، لأنها هى أم على كل حال، و الزانى لا شى ء له،

و قوله صلى الله عليه و آله (۳)«الولد للفراش»

يقتضى اللحوق به، و قول الامرأه ليس لك غير مسموع، و من هنا كان الحكم معلقا فى النص و الفتوى على اشتباه الواطئ و زناه دونها، فالمتجه حينئذ الحكم به لذى الوطء المحترم ما دام ممكنا حتى لو زال فراشه، ضروره كون الوطء المفروض تعقبه له زنا بمنزله العدم و إن كانت هى مشتبهه، و الله العالم.

و كيف كان ف لو تزوج امرأه لظنها خاليه أو لظنها موت الزوج أو طلاقه على وجه يكون مشتبها على ما قدمنا سابقا فبان أنه لم يمت و لم يطلق ردت على الأول قطعا بعد الاعتداد من الثانى الذى قد فرض اشتباهه و اختص الثانى بالأولاد مع فرض حصول الشرائط السابقه فى لحوق الأولاد سواء استندت فى ذلك إلى حكم حاكم أو شهاده شهود عدول أو إخبار مخبر و لو فاسقا مع فرض تحقق موضوع الشبهه به، كما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۳ و ۴ و ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

[القسم الثانی فی أحكام الولاده]

اشاره

القسم الثانی فی أحكام الولاده و يقع الكلام فيها فی سنن الولاده و اللواحق

[أما سنن الولاده]

أما سنن الولاده و آدابها الواجبه و المندوبه فالواجب منها استبداد النساء بالمرأه عند الولاده دون الرجال إلا مع عدم النساء بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل و لا إشكال، ضروره وجوب حضور من علم بحالها من النساء كفايه، لوجوب حفظ النفس المحترمه عند تحقق ما يخشى منه تلفها مع عدم الحضور، و منه ما نحن فيه، كضروره وجوب استبدادهن بذلک للإجماع، قيل: و لملازمه اطلاع الرجال حتى المحارم لما يحرم عليهم من النظر للعوره و غيرها و مسها و سماع الصوت و نحو ذلک، بل ربما أدى حضورهم إلى تلفها و تلف ولدها باعتبار ما يحصل معها من الحياء و نحوه، و ربما يرشد إلى ذلک ما دل من نص (۱)و فتوى على قبول شهاده النساء منفردات بالولاده و الاستهلال و نحوهما.

نعم مع فرض عدم من يقوم بحاجتها من النساء يجب على الرجال، و ينبغی تقديم المحارم، بل عن بعضهم وجوبه، و هو لا يخلو من وجه، بل قد يحتمل إيجاب جعل الأجنبی محرما مع الإمكان، إلا أن الأقوى خلافه، بل قد يقوى عدم اختصاص الوجوب بالمحارم لاتحاد الجميع فی اقتضاء الدليل الدال على وجوب حفظ النفس المحترمه المرجح على غيره، فتباح حينئذ المحظورات عند الضرورات التی اقتضت جواز لمس الطبيب و نظره حتى إلى العوره، بل ربما نوقش فی إطلاق عدم جواز مساعده الرجال بعدم دليل عليه مع عدم استلزامها اطلاعهم على العوره و إن كان قد تدفع بما أومأنا إليه.

نعم لا بأس بالزوج و إن وجدت النساء لعدم حرمه شی ء عليه بلا خلاف فيه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۴- من كتاب الشهادات الحديث ۲ و ۳۸ و ۴۱.

بل و لا إشکال، هذا و لکن فی

خبر جابر(۱)عن أبی جعفر علیه السلام «کان علی بن الحسین علیهما السلام إذا حضر ولاده المرأه قال: أخرجوا من فی البیت من النساء، لا تکون المرأه أول ناظر إلی عورته»

و هو حکم غریب مخالف للسیره و الفتاوی و غیره من النصوص(۲).

و أما الندب فقد ذکر المصنف منه سته و إن کان المستفاد من النصوص أزید من ذلک کاللف بخرقه بیضاء(۳)بل کراهه الصفراء(۴)و غیر ذلک.

الأول غسل المولود بضم الغین کما هو مقتضی ذکر الأصحاب له فی الأغسال، بل لعله الظاهر من الأخبار(۵)لذلک، و ربما احتمل الفتح، و قد تقدم الکلام فیه و فی اعتبار الترتیب فیه و غیره من أحکام الغسل علی الأول، و فی أن وقته کما هو المنساق من النص(۶)، و الفتوی و العمل حین الولاده، و فی أن المشهور ندبه، و قیل بالوجوب تمسکا بظاهر النص (۷)فی الأغسال المندوبه من کتاب الطهاره مفصلا، فلاحظ و تأمل.

و الثانی الأذان فی أذنه الیمنی.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد و الباب ۲۴ من کتاب الشهادات.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴ و ۱۰ و ۱۳ و ۱۵.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۵ و ۱۳ و ۱۵.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الأغسال المسنونه الحدیث ۳ و الباب- ۲۷- منها من کتاب الطهاره.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الأغسال المسنونه الحدیث ۳.
۷- ۷ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الأغسال المسنونه الحدیث ۳.

و الثالث الإقامه فی الیسری

للنبوی (۱)«من ولد له مولود فلیؤذن فی أذنه الیمنی أذان الصلاه، و لیقم فی أذنه الیسری، فإنه عصمه من الشیطان الرجیم»

و قال الصادق علیه السلام لأبی یحیی الرازی(۲): «إذا ولد لکم مولود أی شی ء تصنعون به؟ قلت: لا أدری ما یصنع به، قال: خذ عدسه جاوشیر فدفه بالماء ثم قطر فی أنفه فی المنخر الأیمن قطرتین و فی الأیسر قطره، و أذن فی أذنه الیمنی أذان الصلاه، و أقم فی الیسری، تفعل به ذلک قبل أن تقطع سرته، فإنه لا یفزع أبدا و لا تصیبه أم الصبیان»

إلی غیر ذلک من النصوص (۳)المعتضده بالفتوی، لکن فی

خبر حفص الکنانی (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام «مروا القابله أو بعض من یلیه أن یقیم الصلاه فی أذنه الیمنی»

و یمکن حمله علی الرخصه أو علی استحباب ذلک أیضا مضافا إلی الأول، و الأمر سهل.

هذا و ربما ظهر من بعض اختصاص الاستحباب قبل قطع السره، و لعله للخبر المزبور، و لکن فیه أنه مناف لإطلاق النص و الفتوی، و الخبر المذکور إنما ذکر فیه ذلک و الدواء لأجل تینک الغایتین، فلا ینافی إطلاق الاستحباب منفردا حتی بعد قطع السره لأمر آخر غیرهما، بل ظاهر بعض النصوص أو صریحه المتضمن لفعل النبی صلی الله علیه و آله (۵)و الکاظم علیه السلام (۶)وقوع ذلک منهما بعد قطع السره، بل قیل قد ورد(۷)فعلهما بالسابع و لا بأس بالجمیع و إن اختلفت غایاته، و الله العالم.

و الرابع تحنیکه بماء الفرات الذی هو النهر المعروف،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲ و ۴ و ۵ و ۷ و ۱۰ و ۱۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۳ عن حفص الکناسی و هو الصحیح.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۵ و ۷ و ۱۰ و ۱۵.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.

۷- ۷ البحار ج ۱۰۴ ص ۱۲۲ ط الحدیث.

و بتربه الحسین علیه السلام للنصوص (۱)فان لم یوجد ماء الفرات فبماء السماء کما فی النص (۲)لکن المصنف بل قیل و الأصحاب قالوا بماء فرات أی عذب، و لم یحضرنی نص علیه و ما فی کشف اللثام- أنه یمکن فهمه من بعض نصوص ماء الفرات بناء علی احتمال إضافه العام إلی الخاص- لا یخفی علیک ما فیه، کما لم یحضرنی نص علی ما قالوه أیضا ف ان لم یوجد إلا ماء ملح جعل فیه شی ء من التمر أو العسل نعم قد ورد(۳)استحباب التحنیک بالتمر نفسه بل و فی المحکی عن فقه الرضا علیه السلام (۴)العسل أیضا و إن کان لا بأس بخلط شی ء من العسل و التمر بماء الفرات أو السماء و تحنیکه به، فان فیه جمعا بین الجمیع، و المراد بالتحنیک ما هو المنساق إلی الذهن إدخال ذلک إلی حنکه، و هو أعلی داخل الفم.

ثم الخامس أن یسمیه أحد الأسماء المستحسنه فإن ذلک من حق الولد علی الوالد، و أنه یدعی باسمه یوم القیامه و أفضلها علی ما ذکره المصنف و الفاضل ما یتضمن العبودیه لله سبحانه و تعالی، نحو عبد الله و عبد الرحمن و عبد الرحیم و نحو ذلک و إن ذکر جماعه أنا لم نقف علی نص فی ذلک، و إنما الموجود إن أصدقها ما تضمن العبودیه لله و أفضلها أسماء الأنبیاء علیهم السلام،

قال الباقر علیه السلام (۵)«أصدق الأسماء ما سمی بالعبودیه، و أفضلها أسماء الأنبیاء»

و هو لا یقتضی الأفضلیه.

قلت:

قال أبو جعفر علیه السلام فی خبر جابر(۶)المروی عن الخصال قال: «قال رسول الله صلی الله علیه و آله ألا أن خیر الأسماء عبد الله و عبد الرحمن و حارثه و همام، و شر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲ و ۳ و ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۴- ۴ المستدرک الباب- ۲۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۵.

الأسماء ضرار و مره و حرب و ظالم».

و فی

خبر ابن حمید(۱)أنه سأل أبا عبد الله علیه السلام و شاوره فی اسم ولده، فقال:

«سمه بأسماء العبودیه، فقال: أی الأسماء هو؟ قال: عبد الرحمن»

و لا یبعد دعوی الأفضلیه فیها علی غیرهما، و أما هما فلکل منهما جهه، فما اشتمل علی العبودیه من جهه الخضوع و الاعتراف بالعبودیه.

و أما أسماء الأنبیاء علیهم السلام فللتبرک و التیمن، بل لا یبعد أفضلیه اسم «محمد»، منها بل لا یبعد کراهیه ترک التسمیه به فیمن ولد له أربعه أولاد، ففی

خبر عاصم الکردی (۲)عن الصادق علیه السلام «أن النبی صلی الله علیه و آله قال: من ولد له أربعه أولاد و لم یسم أحدهم باسمی فقد جفانی»

و الأمر سهل. و فی

خبر سلیمان بن جعفر الجعفری (۳)«سمعت أبا الحسن علیه السلام یقول: لا یدخل الفقر بیتا فیه اسم محمد أو أحمد أو علی أو الحسن أو الحسین أو جعفرا أو طالب أو عبد الله أو فاطمه من النساء».

و علی کل حال فقد بان لک قول المصنف و یلیها أسماء الأنبیاء و الأئمه علیهم السلام کما بان لک إمکان دعوی رجحان تسمیه الإناث بأسماء الصالحات منهن، و خصوصا اسم فاطمه منها.

و السادس أن یکنیه أی المولود ذکرا کان أو أنثی مع الاسم، و المراد بها ما صدر بأب و أم مخافه النبز و هو لقب السوء،

قال الباقر علیه السلام فی خبر محمد بن ختیم (۴)«إنا لنکنی أولادنا فی صغرهم مخافه النبز أن یلحق بهم»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲ عن عاصم الکوزی کما فی الکافی ج ۶ ص ۱۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱ عن معمر بن خثیم کما فی الکافی ج ۶ ص ۱۹ و التهذیب ج ۷ ص ۴۳۸.

و فی

خبر السکونی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «من السنه و البر أن یکنی الرجل باسم أبیه».

و کیف کان فقد روی مستفیضا(۲)استحباب التسمیه یوم السابع لکن أکثر الأخبار مطلق، بل فی بعضها قبل الولاده، و فی آخر بعدها کما فی السقط.

ففی

خبر أبی بصیر(۳)عن أبی عبد الله، عن أبیه، عن جده علیهم السلام قال أمیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه: «سموا أولادکم قبل أن یولدوا، فان لم تدروا ذکرا أو أنثی فسموهم بالأسماء التی تکون للذکر و الأنثی، فإن أسقاطکم إذا لقوکم فی یوم القیامه و لم تسموهم یقول السقط لأبیه: ألا سمیتنی، و قد سمی رسول الله صلی الله علیه و آله محسنا قبل أن یولد»

و فی

خبر أبی البختری (۴)المروی عن قرب الاسناد عن أبی عبد الله علیه السلام «قال رسول الله صلی الله علیه و آله سموا أسقاطکم، فإن الناس إذا دعوا یوم القیامه بأسمائهم تعلق الأسقاط بآبائهم، فیقولون: لم لم تسمونا؟ فقیل:

یا رسول الله صلی الله علیه و آله من عرفناه أنه ذکر سمیناه باسم الذکور، و من عرفناه أنه أنثی سمیناه باسم الإناث أ رأیت من لم یستبن خلقه کیف نسمیه؟ قال: بالأسماء المشترکه، مثل زائده و طلحه و عنبسه و حمزه».

و لعل الوجه فی ذلک أنه یستحب تسمیه الحمل ما دام حملا بمحمد فإذا ولد بقی علی ذلک إلی الیوم السابع، فان شاء غیره فیه و إن شاء أبقاه، و أما السقط فلیس له سابع فیستحب عند ولادته،

قال الصادق علیه السلام فی مرسل أحمد(۵)«لا یولد لنا ولد إلا سمیناه محمدا، فإذا مضی سبعه أیام فإن شئنا غیرنا و إن شئنا ترکنا»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۶ و ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

فیراد حینئذ مما ورد(۱)من استحباب التسمیه فی الیوم السابع الاسم المستقر أو یراد أن منتهی الرخصه فی التأخیر إلی الیوم السابع، و الله العالم.

و یکره أن یکنیه أبا القاسم إذا کان اسمه محمدا ل

خبر السکونی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام «إن النبی صلی الله علیه و آله نهی عن أربع کنی: عن أبی عیسی، و عن أبی الحکم، و عن أبی مالک، و عن أبی القاسم إذا کان الاسم محمدا»

و الظاهر أن القید للأخیر، أما الثلاثه فتکره مطلقا.

و کذا أبو مره ففی

خبر زراره(۳)«سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: کان رجل یغشی علی بن الحسین علیهما السلام کان یکنی أبا مره، و کان إذا استأذن علیه کان یقول:

أبو مره بالباب، فقال له علی بن الحسین علیه السلام: یا هذا إذا جئت بابنا فلا تقولن أبو مره».

و کذا یکره أن یسمیه حکما أو حکیما أو خالدا أو حارثا أو مالکا أو ضرارا ففی

خبر عثمان (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «إن رسول الله صلی الله علیه و آله دعا بصحیفه حین حضره الموت یرید أن ینهی عن أسماء یسمی بها، فقبض و لم یسمها، منها الحکم و حکیم و خالد و مالک و ذکر أنها سته أو سبعه مما لا یجوز أن یسمی بها».

و فی

خبر محمد بن مسلم (۵)عن أبی جعفر علیه السلام «إن أبغض الأسماء إلی الله سبحانه حارث و مالک و خالد»

و قد سمعت خبر الخصال (۶)الدال علی النهی عن ضرار، بل فیها غیر الأسماء المزبوره و لا بأس، بل قد یستفاد من

خبر علی بن عنبسه(۷)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۶ و ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱ حماد بن عثمان.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۵.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۶ عن على بن عطيه أنه عليه السلام قال لعبد الملک بن أعين.

عن الصادق علیه السلام أنه قال لعبد الله بن أعین: «کیف سمیت ابنک ضریسا؟ قال:

کیف سماک أبوک جعفرا؟ قال: إن جعفرا نهر فی الجنه و ضریس من أسماء الشیطان»

و کراهه التسمیه بضریس بل بکل اسم من أسماء الشیاطین و صفاتهم بل و الأسماء المنکره باعتبار الاشتمال علی الصفات الذمیمه، کما أنه قد یستفاد کراهه التسمیه بصفات الخالق، و الأمر سهل. و الله العالم.

[أما اللواحق فثلاثه]

اشاره

و أما اللواحق فثلاثه: الأول سنن الیوم السابع و الثانی الرضاع و الثالث الحضانه و قد ذکر المصنف و غیره أن

[الأول سنن الیوم السابع]

سنن الیوم السابع أربع مضافا إلی ما سمعته من التسمیه الحلق و الختان و ثقب الأذن و العقیقه (۶)

- قال الصادق علیه السلام فی خبر أبی بصیر(۱)«فی المولود یسمی فی یوم السابع، و یعق عنه، و یحلق رأسه، و یتصدق بوزن شعره فضه و یبعث إلی القابله بالرجل مع الورک، و یطعم منه و یتصدق».

و فی خبره الآخر(۲)«إذا ولد لک غلام أو جاریه فعق عنه یوم السابع شاه أو جزورا، و کل منها و أطعم، و سم، و احلق رأسه یوم السابع، و تصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه، و أعط القابله طائفا من ذلک، فأی ذلک فعلت أجزأک»

و قال أبو الصباح الکنانی(۳): «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الصبی المولود متی یذبح عنه و یحلق رأسه و یتصدق بوزن شعره و یسمی؟ قال: کل ذلک یوم السابع».

و فی

موثق عمار(۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن العقیقه عن المولود کیف هی؟

قال: إذا أتی علی المولود سبعه أیام سمی بالاسم الذی سماه الله تعالی، ثم یحلق رأسه و یتصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه، و یذبح عنه کبش».

إلی غیر ذلک من النصوص (۵)الداله علی ذلک التی لا ینافی زیادتها علی أربع

١- ١ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١.
٢- ٢ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧.
٣- ٣ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۴- و غيره من أبواب أحكام الأولاد.

بعد أن كانت هی فیها كالصدقه بوزن الشعر و لطخ الرأس بالزعفران و الخلوق و نحوها.

فأما الحلق منها ف قد عرفت أن من السنه حلق رأسه یوم السابع و لو فی آخر جزء منه، بل

فی الصحیح (۱)«عن مولود لم یحلق رأسه یوم السابع فقال إذا مضی سبعه أیام فلیس علیه حلق»

و إن كان قد یقال باستحبابه أیضا

للمروی (۲)فی محكی العلل «إن العله فی الحلق التطهیر من شعر الرحم»

بل فی الریاض «أنه مؤید لما یقتضیه إطلاق النص و الفتوی من عدم الفرق فی ذلک بین الذکر و الأنثی» قلت: بل قد سمعت خبر أبی بصیر المصرح فیه بالغلام أو الجاریه و لا ینافیه خبر أبی الصباح.

و ینبغی أن یكون مقدما علی العقیقه، قیل لظاهر

الحسن (۳)«عن العقیقه و الحلق و التسمیه بأیها یبدأ؟ قال: یصنع ذلک كله فی ساعه واحده، یحلق و یذبح و یسمی»

و فیه نظر، نعم

فی الروضه قال إسحاق بن عمار(۴)للصادق علیه السلام: «بأی یبدأ؟ قال: تحلق رأسه و تعق عنه و تتصدق بوزن شعره فضه، یكون ذلک فی مكان واحد»

و الأمر سهل.

و أما التصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه فقد عرفت ما یدل علیه، و قد یحتمل رجحان الفضه، للاقتصار علیها فی جمله من النصوص (۵).

و یكره أن یحلق من رأسه موضع و یترک موضع، و هی القنازع.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۰- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۱ و فیه «سألته عن مولود یحلق رأسه یوم السابع» و فی الكافی ج ۶ ص ۳۸ «سألته عن مولود یحلق رأسه بعد یوم السابع» الا أن الموجود فی الفقیه ج ۳ ص ۳۱۶ كالجواهر و فی التهذیب ج ۷ ص ۴۴۶ «سألته عن مولود لم یحلق رأسه بعد یوم السابع» أیضا.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۲۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۹.

٥- ٥ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و ٢ و ٨ و ٩.

ففی

خبر السکونی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «لا تحلقوا الصبیان القزع، و القزع أن تحلق موضعا و تترک موضعا» قیل: و فی بعض النسخ «لا تخلفوا الصبیان»

بالخاء المعجمه و الفاء، و المراد بها حینئذ واضح، کما أن المراد علی الأول بتقدیر مضاف أی حلق القزع، و أصل القزع بالتحریک: قطع من السحاب، الواحد قزعه، و سمی حلق بعض الرأس و ترک بعضه فی مواضع متعدده بذلک تشبیها بقطع السحاب المتفرقه، و یقال: القنازع الواحد قنزعه بضم القاف و الزاء و فتحهما و کسرهما.

و علی کل حال فلا ریب فی الکراهه، بل فی

خبر السکونی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام «أنه أتی النبی صلی الله علیه و آله بصبی یدعو له و له قنازع، فأبی أن یدعو له، و أمر أن یحلق رأسه»

لکن قد ینافی ذلک ما روی من ثبوت ذلک للحسن و الحسین علیهما السلام

قال ابن خالد(۳): «سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام عن التهنئه بالولد متی؟ قال:

إنه لما ولد الحسن بن علی علیهما السلام هبط جبرئیل علی النبی صلی الله علیه و آله بالتهنئه فی الیوم السابع، و أمره أن یسمیه و یکنیه و یحلق رأسه و یعق عنه و یثقب أذنه، و کذلک کان حین ولد الحسین علیه السلام، فأمره بمثل ذلک، قال و کان لهما ذؤابتان فی القرن الأیسر، و کان الثقب فی الأذن الیمنی فی شحمه الأذن، و فی الیسری فی أعلی الأذن، و القرط فی الیمنی، و الشنف فی الیسری»

و فی الکافی روی (۴)«أن النبی صلی الله علیه و آله ترک لهما ذؤابتین فی وسط الرأس».

و ربما قیل بأن ما دل علی الکراهه مخصوص بما إذا کان ما یترک بغیر حلق فی مواضع متفرقه لا فی موضع واحد، لظهور کلام أهل اللغه فی اختصاص القزع بذلک، ف

فی نهایه ابن الأثیر «فی الحدیث (۵)«نهی عن القنازع»

و هو أن یأخذ بعض الشعر و یترک منه مواضع متفرقه کالقزع» و نحوه عن القاموس، و فیه أنه مناف لما رواه

القداح (۶)عن أبی عبد الله علیه السلام «أنه کان یکره القزع فی رؤوس

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۶- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

٢- ٢ الوسائل الباب- ۶۶- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ۵١- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶۶- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۵.

۵- ۵ نهايه ابن الأثير- ماده: «قنزع».

۶- ۶ الوسائل الباب- ۶۶- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.

الصبیان، و ذکر أن القزع أن یحلق الرأس إلا قلیلا و یترک وسط الرأس، و تسمی القزعه».

و أما الختان ف لا ـ خلاف فی أنه مستحب یوم السابع بل الإجماع بقسمیه علیه، و النصوص به مستفیضه أو متواتره (فمنها) ما تقدم، و (منها)

قول الصادق علیه السلام فی خبر السکونی (۱)«اختنوا أولادکم لسبعه أیام، فإنه أطهر و أسرع لنبات اللحم، و أن الأرض لتکره بول الأغلف»

و (منها)

قوله علیه السلام أیضا فی خبره الآخر(۲)«قال رسول الله صلی الله علیه و آله طهروا أولادکم یوم السابع، فإنه أطیب و أطهر و أسرع لنبات اللحم، و أن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعین یوما»

و کتب عبد الله بن جعفر(۳)إلی أبی محمد الحسن بن علی علیهما السلام «أنه روی عن الصادقین علیهما السلام أن اختنوا أولادکم یوم السابع یطهروا، و إن الأرض تضج إلی الله من بول الأغلف، و لیس جعلت فداک بحجامی بلدنا حذق بذلک، و لا یحسنونه یوم السابع، و عندنا حجام الیهود، فهل یجوز للیهود أن یختنوا أولاد المسلمین أم لا؟ فوقع علیه السلام: السنه- أی فی الختان- یوم السابع، فلا تخالفوا السنن»

إلی غیر ذلک من النصوص.

و لکن لو أخر عنه جاز بلا خلاف، بل الإجماع بقسمیه علیه مضافا إلی ظهور النصوص المزبوره فی استحبابه المقتضی جوازه ترکه فیه، و إلی

صحیح ابن یقطین (۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن ختان الصبی لسبعه أیام من السنه هو أو یؤخر و أیهما أفضل؟ قال: لسبعه أیام من السنه، و إن أخر فلا بأس»

و إلی غیرها.

نعم لو بلغ و لم یختن وجب أن یختن نفسه بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۵ و هو خبر مسعده ابن صدقه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

بقسميه عليه و ذلک لأن الختان واجب في نفسه بالضروره من المذهب و الدين التي استغنت بذلک عن تظافر النصوص کغيرها من الضروريات، على أن في

خبر السکوني (۱)عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه: إذا أسلم الرجل اختتن و لو بلغ ثمانين»

و لا قائل بالفصل،

و کتب الرضا عليه السلام إلى المأمون (۲)«الختان سنه واجبه للرجال و مکرمه للنساء»

و منه يظهر وجه الدلاله في المستفيض من النصوص (۳)أو المتواتر من کون الختان سنه،

و في بعضها(۴)«السنه في الختان على الرجال، و ليس على النساء»

و في آخر(۵)«من الحنيفيه الختان»

و في صحيح ابن سنان (۶)«ختان الغلام من السنه، و خفض الجواري ليس من السنه».

و في

خبر السکوني (۷)عن أبي عبد الله عليه السلام «خفض النساء مکرمه ليست من السنه، و ليست شيئا واجبا، و أي شي ء أفضل من المکرمه»

فإن المراد بعد معلوميه استحبابه في النساء نفي الوجوب، فيدل على إراده الواجبه من السنه في مقابلتها، إلى غير ذلک من النصوص الداله على کونه من الحنيفيه التي أمرنا باتباعها، و کونه من السنه الواجبه في نفسه، لا لکونه شرطا في صحه الصلاه، لعدم ثبوت ذلک.

فمن الغريب وسوسه المحدث البحراني عند ذلک کله و ميله إلى عدم الوجوب نعم في وجوبه على الولي قبل البلوغ خلاف، و الأشهر بل المشهور العدم، للأصل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب أحکام الأولاد الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب أحکام الأولاد الحديث ۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۲ و ۵۴ و ۵۶ و ۵۸- من أبواب أحکام الأولاد.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب أحکام الأولاد الحديث ۱.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥٢- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣ و فيه «من الحنيفيه الختن».

٦- ٦ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٥٦- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣ و هو خبر مسعده ابن صدقه.

و ظهور ما تضمن خطاب الولی من النصوص السابقه فی الاستحباب، خصوصا المصرح فیها بجواز التأخیر، و خصوصا المشتمل منها علی التعلیل المناسب للاستحباب، خلافا للمحکی عن الفاضل فی التحریر فأوجبه، بل فی المسالک «أنه ظاهر عباره المصنف، لإطلاق حکمه علیه بالوجوب، و لا ینافیه حکمه بالاستحباب یوم السابع لأن الوجوب علی هذا القول موسع، و أفضل أفراده السابع، کما یقال یستحب صلاه الفریضه فی أول وقتها و حینئذ یکون الوجوب متعلقا بالولی، فان لم یفعل إلی أن بلغ الصبی أثم و تعلق الوجوب بالصبی» و فیه أن الأظهر فی عباره المصنف ما ذکرنا من الاستحباب علی الولی قبل البلوغ و الوجوب علی الصبی بعده، کما عرفت.

و الخنثی المشکل یقوی عدم الوجوب علیه، للأصل، لکن فی المسالک «فی وجوبه و توقف صحه صلاته علیه وجهان، من الشک فی ذکوریته التی هی مناط الوجوب معتضدا بأصاله البراءه، و من توقف حصول الیقین بصحه الصلاه علیه، و تناول

قوله صلی الله علیه و آله (۱): «اختنوا أولادکم یوم السابع»

خرج الأنثی منه خاصه، فیبقی الباقی» و فیه ما لا یخفی بعد ما عرفت من عدم توقف صحه الصلاه علیه و کون عنوان الوجوب الذکر، هذا کله فی الذکر.

و أما فی الإناث المعبر عنه فی کلام الأصحاب ب خفض الجواری ف مستحب بلا خلاف، بل الإجماع بقسمیه علیه، و النصوص (۲)مستفیضه فیه أو متواتره، و قد تقدم جمله، و لا یجب علی الولی قبل البلوغ و لا علیهن بعده، و الظاهر أن وقته فیهن لسبع سنین، بل فی

خبر غیاث بن إبراهیم (۳)عن جعفر بن محمد عن أبیه علیهما السلام «لا تخفض الجاریه حتی تبلغ سبع سنین».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۳.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۲- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۹ و الباب- ۵۶- منها الحدیث ۳ و الباب- ۵۸- منها و الباب- ۱۸- من أبواب ما یکتسب به من کتاب التجاره.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب ما یکتسب به الحدیث ۳ و هو خبر وهب عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام کما فی التهذیب ج ۶ ص ۳۶۰ الرقم ۱۰۳۳.

كما أنه ينبغى عدم استئصال فيه، ل

صحيح ابن مسلم (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «لما هاجرن النساء إلى رسول الله صلى الله عليه و آله هاجرت فيهن امرأه يقال لها أم حبيب و كانت خافضه تخفض الجوارى، فلما رآها رسول الله صلى الله عليه و آله قال لها: يا أم حبيب العمل الذى قد كان فى يدك هو فى يدك اليوم؟ قالت: نعم يا رسول الله إلا أن يكون حراما تنهانى عنه، فقال: لا بل حلال، فادنى حتى أعلمك، قال: فدنت منه، فقال:

يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا تنهكى أى لا تستأصلى، و أشمى فإنه أشرق للوجه و أحظى للزوج».

و على كل حال فقد ظهر لک مما ذكرنا الحال فيما لو أسلم كافر غير مختتن وجب أن يختن نفسه و لو كان مسنا و قد سمعت الخبر(۲)المشتمل عليه. و ظهر لک أيضا فيما لو أسلمت امرأه و انه لم يجب ختانها و لكن استحب لها ذلک، و فى

خبر أبى بصير(۳)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجاريه تجى ء من أرض الشرک فتسلم فتطلب لها من يخفضها فلا تقدر على امرأه فقال: أما السنه فى الختان على الرجال و ليس على النساء».

و أما ثقب الأذن فلا خلاف أجده فى استحبابه، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى السيره المستمره و إلى النصوص التى تقدم بعضها، و فى

خبر السكونى (۴)قال النبى صلى الله عليه و آله: «يا فاطمه اثقبى أذنى الحسن و الحسين عليهما السلام خلافا لليهود»

و فى

خبر مسعده بن صدقه(۵)عن أبى عبد الله عليه السلام «إن ثقب أذن الغلام من السنه»

و نحوه صحيح عبد الله بن سنان (۶)فما وقع من بعض العامه من الوسوسه فى ذلک باعتبار ما فيه من الإيذاء، و التأليم اجتهاد فى مقابله النص، ثم إنک قد سمعت اشتمال بعض (۷)النصوص على ثقب الأذنين بل على التفصيل فى كيفيه الثقب فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب ما يكتسب به الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۳.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲.

الیمنی و الیسری، و فی آخر(۱)کالفتاوی ثقب الأذن و لا یبعد دعوی الاستحباب فی کل منهما، کما لا یبعد استحباب تلک الکیفیه الخاصه، و الأمر سهل، و الله العالم.

هذا و یستحب الدعاء عند ختان الولد بما فی

خبر مرازم بن حکیم (۲)عن الصادق علیه السلام «فی الصبی إذا ختن تقول: اللهم هذه سنتک و سنه نبیک صلواتک علیه و آله، و اتباع منا لک و لنبیک بمشیتک و بإرادتک و قضائک لأمر أردته و قضاء حتمته و أمر أنفذته، و أذقته حر الحدید فی ختانه و حجامته لأمر أنت أعرف به منی، اللهم فطهره من الذنوب، و زد فی عمره، و ادفع الأذیات عن بدنه و الأوجاع عن جسمه، و زده من الغناء، و ادفع عنه الفقر فإنک تعلم و لا نعلم، و قال الصادق علیه السلام:

أیما رجل لم یقلها عند ختان ولده فلیقلها علیه قبل أن یحتلم، فان قالها کفی حر الحدید من قتل أو غیره».

و أما العقیقه فهی هنا الذبیحه التی تذبح للمولود و إن کان تقال أیضا للشعر الذی یولد علیه المولود آدمیا کان أو غیره کالعقیق، و العق بالکسر و قیل:

إن أصل العق الشق، یقال: عق ثوبه أی شقه، و منه عق الولد أباه أی عصی و شق ما أوجبه الله علیه من الطاعه، و همی به الشعر الذی علی المولود باعتبار حلقه أو زواله، و الذبیحه باعتبار شق حلقومها، أو لأنها تفعل لأجل العقیقه فأطلق اسم السبب علی المسبب، و الأمر سهل.

و علی کل حال ف قد ذکر غیر واحد من الأصحاب أنه یستحب أن یعق عن الذکر ذکرا و عن الأنثی أنثی بل عن الخلاف إجماع الفرقه و أخبارهم علیه، و لعله ل

خبر محمد بن مارد(۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن العقیقه، فقال: شاه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۹- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۳- ۳ ذکر صدره فی الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱۳ و ذیله فی الباب- ۴۲- منها الحدیث.

أو بقره أو بدنه، ثم يسم و يحلق رأس المولود فی یوم السابع، و يتصدق بوزن شعره ذهبا أو فضه، فإن کان ذکرا عق عنه ذکرا و عن الأنثى أنثى»

و المرسل (۱)فی الکافی عن الباقر علیه السلام «إذا کان یوم السابع و قد ولد لأحدکم غلام أو جاریه فلیعق عنه کبشا، عن الذکر ذکرا و عن الأنثى مثل ذلک».

لکن فی أکثر النصوص التسویه، ففی

صحیح منصور بن حازم (۲)عن الصادق علیه السلام «العقیقه فی الغلام و الجاریه سواء».

و فی

موثق سماعه(۳)«سألته عن العقیقه فقال: فی الذکر و الأنثى سواء»

و فی خبر أبی بصیر(۴)عن الصادق علیه السلام «عقیقه الغلام و الجاریه کبش»

و فی خبر ابن مسکان (۵)عنه علیه السلام أیضا «سألته عن العقیقه فقال عقیقه الغلام کبش کبش»

و فی خبر علی بن جعفر(۶)عن أخیه علیه السلام «سألته عن العقیقه الجاریه و الغلام فیها سواء قال: کبش کبش»

و فی خبر یونس بن یعقوب (۷)«سألت أبا الحسن موسى علیه السلام عن العقیقه الغلام و الجاریه فیها سواء، قال: نعم».

و فی المسالک بعد أن اقتصر على المرسل فی الدلاله على ما فی المتن، و ذکر جمله من أخبار التسویه قال: «إن المرسل لیس صریحا فی اعتبار المساواه، بل الظاهر من

قوله علیه السلام: «و الأنثى مثل ذلک»

أن المستحب کونه ذکرا فی الذکر و الأنثى، فیکون موافقا لغیره من الأخبار الداله على التسویه بینهما» قلت:

لا- ریب فی إجزاء کل منهما فی کل منهما، و إنما الکلام فی الأفضلیه، و ما ذکره الأصحاب لا یخلو من قوه، لما عرفت من الإجماع المحکی و الخبر، و نصوص التسویه یمکن إراده ثبوت أصل استحباب العقیقه فیها، أو إیراد بیان أصل الجواز.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴ و فيه «عقيقه الجاريه و الغلام كبش كبش».

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۵.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۲- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۶.

و لعل الأصل فی ذلک شده التسامح فی أمر العقیقه، کما أومی إلی ذلک فی

خبر منهال (۱)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: إن أصحابنا یطلبون العقیقه إذا کان إبان یقدم الأعراب فیجدون الفحوله، و إن کان غیر ذلک الإبان لم یوجد فیعز علیهم، فقال: إنما هی شاه لحم لیست بمنزله الأضحیه، یجزئ فیها کل شی ء»

و فی خبر مرازم (۲)عنه علیه السلام أیضا «العقیقه لیست بمنزله الهدی، خیرها أسمنها»

و قد سمعت ما فی خبر ابن مارد(۳)من إجزاء البقره و الشاه و البدنه.

و فی

خبر أبی بصیر(۴)عن الصادق علیه السلام «إذا ولد لک غلام أو جاریه فعق عنه یوم السابع شاه أو جزور»

و فی

خبر الفطحیه(۵)عنه علیه السلام أیضا «یذبح عنه أی المولود کبش، و إن لم یوجد کبش أجزأه ما یجزئ فی الأضحیه، و إلا فحمل أعظم ما یکون من حملان السنه»

و المراد بالحمل ولد الضأنه فی السنه الأولی، کل ذلک للتساهل فی أمر العقیقه، و إن کان لا یبعد وجود جهه رجحان فی مراعاه الذکر للذکر و الأنثی للأنثی، کما أنه لا یخلو عق الذکر عنهما معا لکونه أطیب لحما و الأمر فی ذلک سهل.

إنما الکلام فی أنه هل تجب العقیقه؟ قیل کما عن الإسکافی و المرتضی و بعض متأخر المتأخرین نعم بل عن انتصار الثانی الإجماع علیه للأمر بها فی جمله من النصوص (۶)بل فی خبر علی بن أبی حمزه(۷)و خبر علی (۸)و موثق أبی بصیر(۹)و

صحیحه (۱۰)«العقیقه واجبه»

مضافا إلی ما

ورد(۱۱)من «أن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۷.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٧ و ٨ و ١١ و ١٢.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.

٨- ٨ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٣.

٩- ٩ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٤.

١٠- ١٠ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١٠ الا أن السند فيه موافق لسابقه.

١١- ١١ الوسائل الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ و ٢ و ٦ و ٧.

کل امرء أو مولود مرتهن بعقیقته».

و لکن مع ذلک کله الوجه الاستحباب وفاقا للمشهور، بل عن الخلاف الإجماع علیه الذی لا یعارضه ما سمعته من إجماع المرتضی بعد تبین حالهما، و الأمر بها فی جمله من السنن المعلوم ندبها أوضح قرینه علی کونه فیها أیضا کذلک، بل ما سمعته من ذلک التساهل فی أمرها کذلک، و الوجوب فی النصوص یراد منه تأکد الندب، کما یومئ إلیه

صحیح عمر بن یزید(۱)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

إنی و الله لا أدری أبی عق عنی أو لا، قال: فأمرنی أبو عبد الله علیه السلام فعققت عن نفسی و أنا شیخ»

و قال عمر(۲): «سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول کل امرء مرتهن بعقیقته، و العقیقه أوجب من الأضحیه»

فإن الأضحیه مندوبه إجماعا علی ما قیل و منه یعلم المراد بالارتهان أیضا.

و بالجمله لا یخفی لسان الندب فی ذلک کله علی الفقیه الممارس، بل یمکن إقامه قرائن کثیره علی ذلک علی وجه یکون کالمقطوع به، خصوصا ما دل (۳)من النصوص علی إجزاء الأضحیه عنها، و أنه إذا جاز سبعه أیام فلا عقیقه له (۴)المعلوم إراده نفی الکمال منها، بقرینه ما دل (۵)من النصوص الکثیره علی بقاء ندبها إلی آخر العمر، بل قد یستفاد من أخبار(۶)الارتهان العق عنه بعد الموت أیضا، و أن هذا الوجوب إن کان علی الولی فلا وجه لانتقاله، کما لا یخفی علی من له أدنی درایه بالفقه، فوسوسه بعض متأخری المتأخرین و جزم آخر فی ذلک فی غیر محله، و ناش من عدم التعمق فی الفقه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۸- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶۵- من أبواب أحکام الأولاد.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶۰- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب أحکام الأولاد و الباب- ۶۵- منها الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۳۸- من أبواب أحکام الأولاد.

هذا و

فی بعض النصوص المرویه فی غیبه البحار(۱)«أن أبا محمد علیه السلام عق عن صاحب الأمر علیه السلام بکذا و کذا شاه»

و منه یستفاد استحباب التعدد فیها، مضافا إلی أنها أوجب من الأضحیه التی من المعلوم شرعیه ذلک فیها، بل قد یستفاد من تعارف تعاقب الذبح فی الشیاه المتعدده استحباب التکرار مع التسامح فی الندب، خصوصا فی مثل الدماء التی یحب الله إراقتها، و الله العالم.

و لو تصدق بثمنها لم یجز فی القیام بالسنه بلا خلاف، للأصل، و لأن الله یحب إراقه الدماء،

قال محمد بن مسلم (۲): «ولد لأبی جعفر علیه السلام غلامان فأمر زید ابن علی أن یشتری له جزورین للعقیقه، و کان زمان غلاء، فاشتری له واحده و عسرت علیه أخری فقال لأبی جعفر علیه السلام: عسرت علی الأخری فأتصدق بثمنها؟ فقال: لا، أطلبها حتی لا تقدر علیها، فان الله یحب إهراق الدماء و إطعام الطعام»

و قال ابن بکیر(۳): «کنت عند أبی عبد الله علیه السلام فجاء رسول عبد الله بن علی فقال له: یقول عمک: إنا طلبنا العقیقه فلم نجد فما تری نتصدق بثمنها؟ قال: لا، إن الله یحب إطعام الطعام و إراقه الدم».

و حینئذ لو عجز عنها أخرها حتی یتمکن لما عرفت من عدم قیام الصدقه بثمنها مقامها مع إطلاق الأدله باستحبابها، بل قد سمعت خبر عمر بن یزید(۴)السابق المتضمن لعقه عن نفسه و هو شیخ ف لا یسقط حینئذ الاستحباب بالتأخیر لعذر أو غیر عذر، لأنه مرتهن بها.

و یستحب أن یجتمع فیها شروط الأضحیه من کونها سلیمه من العیوب سمینه، فإنها أوجب منها کما فی خبر عمر بن یزید(۵)

و فی الموثق المتقدم (۶)«یذبح عنه کبش، فان لم یوجد کبش، أجزأه ما یجزی، فی الأضحیه،

۱- ۱ البحار ج ۵۱ ص ۵ ط الحدیث.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳۸- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

و إلا فحمل، أعظم ما يكون من حملان السنه»

و ما فی بعض النصوص (۱)من أنه إذا ضحی أو ضحی عنه فقد أجزأه عن العقیقه.

لکن قد سمعت ما فی

خبر منهال (۲)من أنها «إنما هی شاه لحم لیست بمنزله الأضحیه»

و ما فی خبر مرازم (۳)من أنها «لیست بمنزله الهدی خیرها أسمنها»

و لعله لذا عنون الباب فی الکافی بأنها لیست بمنزله الأضحیه، و تبعه بعض المحدثین مدعیا عدم دلیل فی النصوص علی ما ذکروه، و قد عرفت الحال، و أنه مقتضی الجمع بین النصوص اعتبار ذلک فیها و إن لم یکن متأکدا تأکده فی الأضحیه، فتأمل و الله العالم.

و یستحب أن یخص القابله منها بالرجل و الورک کما استفاضت به النصوص (۴)و لعل المراد إعطاء ثلثها کما فی خبر أبی خدیجه(۵)و دونه ربعها کما فی غیره (۶)من النصوص و إن کان الأولی کون الثلث أو الربع ذلک،

و فی خبر عمار(۷)«و إن لم یکن قابله فلأمه تعطیه من شاءت».

و منه یعلم الوجه فی قوله و لو لم تکن قابله أعطی الأم تتصدق به أی تعطیه من شاءت و لو الغنی، و لو کانت القابله یهودیه لا تأکل ذبائح المسلمین أعطیت قیمه الربع، کما رواه عمار(۸)نعم لو کانت القابله أم الرجل أو من عیاله فلیس لها منه شی ء علی ما رواه أبو خدیجه(۹)عن الصادق علیه السلام کما ستسمعه.

و لو لم یعق الوالد استحب للولد أن یعق عن نفسه إذا بلغ بل لو شک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۵- من أبواب أحکام الأولاد.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۵- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.
۶- ۶ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴ و ۱۰ و ۱۵.
۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.
۸- ۸ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.
۹- ۹ الوسائل الباب- ۴۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

فی ذلک استحب له ذلک أیضا کما سمعته فی خبر عمر بن یزید(۱)مضافا إلی ما دل (۲)علی أنه مرتهن بعقیقته، بل قد یستفاد من فحوی ذلک کونها کالدین فی إجزاء العق عنه و لو من أجنبی.

و لو مات الصبی یوم السابع قبل الزوال سقطت، و لو مات بعده لم یسقط الاستحباب ل

خبر إدریس بن عبد الله (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن مولود یولد فیموت یوم السابع یعق عنه، قال: إن مات قبل الظهر لم یعق عنه و إن مات بعد الظهر عق عنه»

و قد یقال: إن المراد سقوط شده الاستحباب، لإطلاق الأدله بالعق عنه بالولاده.

و یکره للوالدین أن یأکلا منها و کذا من فی عیالهما حتی القابله لو کانت منهم، ل

قول الصادق علیه السلام (۴): «لا یأکل هو و لا أحد من عیاله من العقیقه و قال للقابله ثلث العقیقه، فإن کانت القابله أم الرجل أو فی عیاله فلیس لها منها شی ء، و تجعل أعضاء ثم یطبخها و یقسمها و لا یعطیها إلا أهل الولایه، و قال: یأکل من العقیقه إلا الأم»

و الظاهر تأکد الکراهه بالنسبه إلی الأم، ل

قول الصادق علیه السلام فی حسن الکاهلی(۵): «لا تطعم الأم منها شیئا»

بل فی المحکی من کتاب

فقه الرضا علیه السلام (۶)«أنها إذا أکلت منها فلا ترضعه»

و الأمر فی الجمیع سهل لکون الحکم من السنن، إذ قد ورد فی خبری أبی بصیر(۷)السابقین أکل الأب منها، بل فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۸- من أبواب أحکام الأولاد.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۷- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۶- ۶ المستدرک الباب- ۳۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۷ و لیس هناک لأبی بصیر خبر آخر یتعرض فیه لأکل الأب من العقیقه.

خبر یحیی بن أبی العلاء(۱)عن الصادق علیه السلام فی حدیث عقیقه الرسول صلی الله علیه و آله و سلم عن الحسن و الحسین علیهما السلام قال: «و عق عنهما شاه شاه، و بعثوا برجل شاه إلی القابله و نظروا ما غیره فأكلوا منه، و هدوا إلی الجیران».

و ربما استفید من

قول الصادق علیه السلام (۲)«تجعل أعضاء»

و قوله علیه السلام (۳)«إذا قطع العقیقه جداول فاطبخها و ادع علیها رهطا من المسلمین»

كراهه أن یكسر شیئا من عظامها، بل تفصل أعضاء لكن هو كما تری، ضروره أن الأمر بذلک لا یقتضی كراهه الكسر، خصوصا بعد

خبر عمار(۴)«و سئل عن العقیقه إذا ذبحت هل یكسر عظمها؟ قال: نعم یكسر عظمها، و یقطع لحمها، و تصنع بها بعد الذبح ما شئت»

إلا أن الحكم من السنن، و الأمر فیها سهل، سیما مع النهی عن الكسر فی بعض النصوص (۵)كما قیل.

و یستحب الدعاء عند ذبحها بالمأثور(۶)، و هو كثیر، كما أن المستفاد من النصوص (۷)التخییر بین تفریقها لحما و بین طبخها بماء و ملح، بل

فی الفقیه «أنه أفضل أحوال طبخها»(۸)

و بإضافه شی ء إلیها من الحبوب أو غیر ذلک من أنواع الطبخ و دعاء عشره من المؤمنین إلیها، و إن زاد فهو أفضل، یأكلون منها و یدعون للغلام (۹)و أما ما اشتهر بین السواد من استحباب لف العظام بخرقه بیضاء و دفنها فلم نقف علیه فی شی ء مما وصل إلینا من نصوص الباب و فتاوی الأصحاب، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۰- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۷- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۸ مع اختلاف یسیر.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۱۷.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۵.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۱۶.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴۶- من أبواب أحكام الأولاد.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۴۴ و ۴۷- من أبواب أحكام الأولاد.

٩- ٩ الوسائل الباب- ۴۴- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴ و ۱۲ و ۱۵ و الباب ۴۷ منها الحديث ۱.

[الثانی الرضاع]

اشاره

و أما الرضاع فلا یجب علی الأم إرضاع الولد بلا خلاف أجد فیه بیننا للأصل، و لظاهر قوله تعالی (۱)«فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» و قوله تعالی (۲)«وَ إِنْ تَعاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْری» و قوله تعالی (۳)«لا تُضَارَّ والِدَهٌ بِوَلَدِها» الشامل لاضرارها بالإجبار علی إرضاعه لو کان واجبا، و ل

خبر سلیمان بن داود(۴)قال: «سئل أبو عبد الله علیه السلام عن الرضاع، قال: لا تجبر المرأه علی إرضاع الولد، و تجبر أم الولد».

نعم فی المسالک و غیرها «أن عدم وجوب إرضاع الولد علی الأم مشروط بوجود الأب أو وجود مال للولد و وجود مرضعه سواها و قدرته علی دفع الأجره إلیها أو تبرعها، و إلا وجب علیها إرضاعه، کما یجب علیها الإنفاق علیه حیث یکون مفقودا أو معسرا» و فی الریاض «المعروف من مذهب الأصحاب بل کاد یکون إجماعا منهم أنه لا تجبر الأم الحره و لا مملوکه الغیر علی إرضاع ولدها إلا إذا لم یکن للولد مرضعه أخری سواها، أو کانت و لم یتمکن لعدم وجود الأب أو إعساره أو عدم تمکنه منه مع عدم مال للولد یمکن به إرضاعه من غیرها، فیجب علیها بلا خلاف، لوجوب إنفاقها علیه فی هاتین الصورتین».

قلت: المراد من نحو عباره المصنف عدم وجوب الإرضاع علی الأم من حیث کونها أما، فالتقیید المزبور فی غیر محله، ضروره وجوب الإرضاع علیها مع الانحصار إنما هو من حیث حفظ النفس المحترمه کغیر الأم مع فرض الانحصار فیها، علی أن الظاهر عدم سقوط الأجره من الأب الموسر أو مال الطفل فی هذه الصوره، و لا یجب إنفاقها علیه، فلا وجوب علیها حینئذ فی هذه الصوره من حیث کونها أما، و أما الصوره الثانیه فلا یجب علیها إرضاعها إیاه، إذ أقصاه وجوب

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶۸- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

إنفاقهـا علیه و لو باستئجـار مرضـعه أخری أو بالتماسـها، فلا وجوب حینئـذ من حیث کونها أما، و بـذلک یظهر أنه لا حاجه إلی تقیید العباره بذلک، کما أن منه یظهر وجه استدلال الأصحاب بالآیتین و إن کان مساقهما فی المطلقات، إذ المراد عدم الوجوب من حیث الأمیه التی لا تفاوت فیها بین المطلقه و غیرها، فما فی الحدائق و الریاض من النظر فی ذلک فی غیر محله.

بل الظاهر عدم تقیید نحو المتن بغیر اللبأ، و هو أول ما یحلب مطلقا أو إلی ثلاثه أیام، لوجوب إرضاعه إیاه، لأنه لا یعیش بدونه، کمـا أفتی به الفاضـل و الشـهید لعـدم الـدلیل علی وجوبه، بـل ظـاهر إطلاـق الأـدله خلافه، و دعوی توقف الحیاه علیه یکـذبها الوجـدان، و من هنا حملها بعض الناس علی الغالب أو علی أنه لا یقوی و لا تشـتد بنیته إلا بذلک، و حینئذ فلا وجه للوجوب، و لو سلم فهو حینئذ من حیث الضرر لا من حیث کونها أما الذی هو محل البحث، إذ یمکن ولادته و شربه اللبأ من غیرها مع فرض ولاده أخری مقارنه لها.

ثم إن الظاهر عـدم سـقوط الأجره علی تقـدیر الوجوب، إذ هو حینئذ کبذل الزاد للمضـطر، فلا یرد أنه لا یجوز أخذ الأجره علی الواجب.

و علی کل حال بما ذکرنا یصرف ظاهر الطلب المطلق المنصرف إلی الوجوب فی قوله تعالی (۱)«وَ الْوالِداتُ یُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَیْنِ کامِلَیْنِ» إلی الاستحباب جمعا بین الأدله، و فی الریاض «و یمکن الجمع بحمله إما علی الصورتین الأولتین أو علی أم ولد المولی» قلت: لکنه کمـا تری، و قـد یقـال إن المراد من الآـیه بیـان مـده الرضـاع لمن أراد أن یتم الرضاعه لا بیان وجوب أصـل الرضاع علیهن کما هو واضح بأدنی تأمل.

و کیف کـان ف لهـا أی الأـم المطـالبه بأجره رضاعه مع وجود المال له أو الأب الموسـر بلا خلاف و لا إشـکال، ضـروره کون نفقته علیه أو علی ماله، و منها رضاعه المتوقف حیاته علیه، بل قیل: ربما ظهر من إطلاق نحو العباره

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

وجوب الأجره على الأب و لو مع إعساره، و فيه أنه مناف للأصل، على أن الظاهر كون الأجره من الإنفاق المعلوم عدم وجوبه فى الفرض، و إطلاق الآيتين إنما هو على حال الإنفاق، فلا وجه للتوقف فى ذلك، بل و لا أظن فيه خلافا، كما أنه لا وجه للتوقف فى عدم الوجوب عليه مع وجود المال للولد و إن اقتضى ذلك إطلاق الآيتين المنزل على ذلك، بل عن بعضهم وجوب ذلك على الأب و إن كان عند الولد مال، نعم لو مات الأب وجب من مال الولد، ل

صحيح ابن أبى يعفور(۱)عن الصادق عليه السلام «إن أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه قضى فى رجل توفى و ترك صبيا فاسترضع له إن أجر رضاع الصبى مما يرث من أبيه و أمه»

و مرسل ابن أبى عمير(۲)عنه أيضا «قضى على عليه السلام فى صبى مولود مات أبوه إن رضاعه من حظه مما ورث من أبيه»

و صحيح ابن سنان (۳)السابق، إلا أن الجميع كما ترى، لا دلاله فى شى ء منها على ما ذكروه، و إنما هى داله على أجره رضاع الصبى من ماله حال عدم الأب و هو لا خلاف فيه و لا إشكال.

و على كل حال ف له استئجارها على الرضاع إذا كانت بائنا بلا خلاف و لا إشكال، نعم قيل و القائل الشيخ منا لا يصح ذلك و هى فى حباله و كذا لا يصح استئجارها لخدمته أو خدمه غيره و إرضاع ولد غيره، لعدم القدره على التسليم باعتبار ملك الزوج للاستمتاع بها، و فيه- مع فرض كون المستأجر الزوج- أن المانع من قبله، فهو فى الحقيقه إسقاط منه لحقه، بل هو أولى بالصحه من أجير أذن له المؤجر بالإجاره من غيره فى مده إجارته، أما إذا كان

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲.

۲- ۲ أشار إليه فى الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲ و ذكره فى التهذيب ج ۷ ص ۴۴۷ الرقم ۱۷۹۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱ و لم يتقدم هذا الصحيح سابقا و الصواب «الاتى» فإنه قده يذكره بعد قليل.

المستأجر الغير فلا ريب فى تقييده بما إذا لم يناف حق الزوج، كما هو واضح.

و من هنا كـان الوجه الجواز وفاقـا للمشـهور شـهره عظيمه، بـل لم نعرف فيه خلافـا بيننـا إلاـ مـا سـمعته من الشـيخ للعمومات و الإطلاقات.

كما لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجب على الأب بذل أجره الرضاع مع يسره إذا لم يكن للولد مال لأنها من النفقه الواجبه عليه إجماعا، بل هو مقتضـى قوله تعالى (۱)«فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» بل و قوله تعالى (۲)«وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ» الـذى هو كنايه عن أجره الرضاع، بل فى التعبير بالمولود له تنبيه حسن على كون الولـد حقيقه له، و لذا نسب إليه دون أمه، و وجبت نفقته عليه، أما إذا كان له مال فلا تجب نفقته عليه، لأنه غنى حينئذ.

و لأمه أن ترضعه بنفسها و بغيرها و على كل حال لها الأجره ل

صحيح ابن سنان (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل مات و ترك امرأته و معها منه ولد فألقته على خادمه لها فأرضعته ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى؟ فقال:

لها أجر مثلها و ليس للوصى أن يخرجه من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله»

و حينئذ يكون ذلك حكما شرعيا، و هو استحقاق الأم أجره الرضاع و إن لم تقع معامله بينها و بين الأب، سواء أرضـعته بنفسها أو عند غيرها.

لكن فى المسالك حمل العباره على معنى آخر قال: «إذا اسـتأجرها للرضاعه فإن صرح بإراده تحصيل رضاعه بنفسها و غيرها فلا شبهه فى جواز الأـمرين و اسـتحقاقها الأـجره المسـماه، و إن شـرط إرضـاعه بنفسـها تعين، و لا يجوز لها إرضاعه من غيرها، فان فعلت فلاـ أجره لهـا، و إن أطلق بـأن اسـتأجرها لارضـاعه فهى مسألة الكتاب، و المشـهور جواز إرضاعها بنفسـها و بغيرها، لأنها حينئـذ أمر مطلق، و من شـأنه جواز تحصـيل المنفعه بنفسه و غيره، و قيـل: لاـ يجوز لاختلاـف المراضع فى الحكم و الخواص، و دلاله العرف على مباشرتها حتى قيل: إنه يجب

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵ الآيه ۶.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

تعیین المرضعه فی العقد لذلک، فلا أقل من تعینها عند الإطلاق، و الأقوی الرجوع إلی العرف، فان لم یتفق أو اضطرب جاز أن ترضعه بنفسها و غیرها، و لا فرق فی الغیر بین أن یکون خادمها و غیره، و حیث جاز استحقت الأجره، و إلا فلا» و تبعه علی ذلک الفاضل الأصبهانی فی شرح القواعد و المحدث البحرانی.

لکن الجمیع کما تری إذ لا خصوصیه لهذه المسأله فی المقام، و لا یلیق التنبیه علیها، و إنما المراد ما ذکر من بیان استحقاق الأم أجره الرضاع، سواء وقع معها عقد الإجاره أم لا، کما هو مقتضی إطلاق الأدله، و سواء أرضعتها بنفسها أو بغیرها للصحیح (۱)المزبور، بل الظاهر عدم الفرق فی الغیر بین مملوکتها و غیرها، و سواء أرضعته عند الغیر بأجره أو لا، و هو حکم یلیق التنبیه علیه مستفاد من الکتاب (۲)و السنه(۳)و الفتاوی.

و لا یشکل بأنه لا وجه لرجوعها بالأجره مع إرضاع الغیر لها غیر المملوکه و المستأجره، إذ ذاک لیس إلا لکون من یتبرع قد تبرع لها، و أدی عنها ما یراد منها بتلبسه بالقیام، فهو کالمتبرع عمن فی ذمته عمل للغیر بالعمل بعنوان کونه للأجیر و عنه، فتأمل جیدا، و الله العالم.

و للمولی إجبار أمته علی الرضاع لولده منها أو من غیرها أو غیره ولده بلا خلاف و لا إشکال، لأن جمیع منافعها مملوکه له.

و الأصل فی نهایه الرضاع حولان للایه(۴)و

للمروی (۵)فی تفسیر «لا رضاع بعد فطام»

انه الحولان، و فحوی ما دل (۶)علی أن لیس للمرأه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحکام الأولاد.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۵- من أبواب ما یحرم بالرضاع الحدیث ۵.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

أن تأخذ فی رضاع ولدها أكثر من حولین و إن جاز الزیاده علیها و النقصان، فان ذلك لا- ینافی الأصل المزبور و لذا قال المصنف و غیره: إنه یجوز الاقتصار علی أحد و عشرین شهرا بلا خلاف أجده فیه، للأصل و

قول الصادق علیه السلام فی خبر سماعه(۱)«الرضاع أحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور».

و فی

خبر عبد الوهاب بن الصباح (۲)«الفرض فی الرضاع أحد و عشرون شهرا، فما نقص عن أحد و عشرین شهرا فقد نقص المرضع، فإن أراد أن یتم الرضاعه له فحولین كاملین»

قیل و ظاهر قوله تعالی (۳)«وَ حَمْلُهُ وَ فِصالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً» بناء علی المختار من أن التسعه أكثر الحمل و أنه الغالب المنزل علیه إطلاق الآیه فیكون الباقی أحد و عشرون شهرا لكن قد ینافیه استدلالهم سابقا بهذه الآیه مع قوله تعالی (۴)«وَ الْوالِداتُ یُرْضِعْنَ» أن أقل الحمل سته أشهر، فإنه یقتضی تنزیلها علی كون المراد منها الوضع لأقل الحمل، و یسهل الأمر فی ذلك عدم انحصار الدلیل فیها.

و علی كل حال فظاهر الخبرین بعد الانجبار سندا و دلاله أنه لا یجوز نقصه عن ذلك و حینئذ ف لو نقص لغیر ضروره كان جورا محرما، بل فی كشف اللثام دعوی الاتفاق علیه، و لعله ظاهر غیره أیضا، فما عن بعض- من الجواز للأصل و ظاهر قوله تعالی (۵)«فَإِنْ أَرادا فِصالًا عَنْ تَراضٍ مِنْهُما وَ تَشاوُرٍ فَلا جُناحَ عَلَیْهِما»

و الصحیح (۶)«لیس للمرأه أن تأخذ فی رضاع ولدها أكثر من حولین كاملین، فإذا أرادا الفصال قبل ذلك عن تراض منهما فحسن»

- واضح الضعف، لوجوب تقیید ذلك بالمده المذكوره للأدله المزبوره.

و كیف كان فالمشهور بین الأصحاب أنه یجوز الزیاده علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ سوره الأحقاف: ۴۶- الآیه ۱۵.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحكام الأولاد الحدیث ۱.

الحولين للأصل و ظاهر الصحيح السابق، و أظهر منه

صحيح سعد بن سعد الأشعری (۱)عن الرضا علیه السلام «سألته عن الصبی هل یرتضع أکثر من سنتین؟ فقال: عامین، قلت: فان زاد علی سنتین هل علی أبویه من ذلک شی ء؟ قال: لا»

بل ظاهره کالأول عدم تحدید ذلک بأشهر و الشهرین، کما هو مقتضی الأصل، بل عن جماعه المیل إلیه، إلا أن المشهور خلافه، بل فی الریاض «مستنده غیر واضح، إلا ما یقال من أن به روایه و فی الاعتماد علی مثلها فی تقیید ما مر من الأدله مناقشه، و إن کان ربما یتوهم کونها مرسله مجبوره بالشهره، فترجح علی تلک الأدله، و ذلک لأن الرجحان بعد وضوح الدلاله و لیس، إذ یحتمل التوهم، لکن مراعاه الاحتیاط مطلوبه بالبداهه».

قلت: قد یقال: إن مستنده حرمه الإرضاع بعد الحولین، باعتبار حرمه شرب لبنها فیما خرج عن مده الرضاع، لکونه من فضلات ما لا یؤکل لحمه الممنوع أکلها، بل الظاهر أن ذلک لکونه من الخبائث کالبصاق و باقی رطوباتها، و کلما حرم علی المکلف لخبثه یحرم إطعامه لغیر المکلف کالدم و نحوه، و حینئذ فالمحتاج إلی المستند جوازه بعد الحولین اللذین هما منتهی الرضاع کتابا(۲)و سنه(۳)و إجماعا.

نعم قد یستثنی الزیاده شهرا أو شهرین باعتبار صعوبه فصال الطفل دفعه واحده علی وجه یخشی علیه التلف، لشده تعلقه به، و للمرسل المنجبر بالشهره، و احتمال التوهم یسد باب النقل بالمعنی، إذ لیس ما یحکونه من الروایات إلا کما یرونه، بل قد یدعی ظهور قوله علیه السلام «عامین» فی صحیح سعد(۴)جوابا للسؤال المزبور فی عدم جواز الزیاده، بل و الآیه(۵)و لا ینافی ذلک ما فی الدلیل بعد احتمال

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحکام الأولاد.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

إراده أن ارتضاع الصبی فی نفسه عند من یرضعه أزید لا یؤثر علی الأبوین حرمه، لعدم کونه من فعلهما، فتأمل، و الله العالم.

و کیف کـان ف لاـ یجب علی الوالـد و غیره ممن وجب علیه إرضاع الصبی دفع أجره ما زاد علی حولین لأنهما منتهی الرضاعه الواجبه علیه و إن لم یرض، لکونه حقا للولد علیه و نفقه له، فأجرتهما جعل شرعی تستحقه الأم بإرضاعها للصبی بنفسها و بغیرها علی الوجه الـذی ذکرناه سابقا من غیر حاجه إلی معامله مع الأب و تراض، بل الظاهر ذلک حتی مع عدم رضاه بأصل إرضاعها، أما ما زاد علی الحولین فلا تستحق علیه ذلک إلا بمعامله معه، و هو المراد من

قوله علیه السلام فی الصحیح (۱)السابق: «لیس للمرأه»

إلی آخره.

و بـذلک یظهر أنه لاـ وجه للإشکال من جماعه فی الحکم المزبور بأنه لا معنی لعـدم اسـتحقاقها الأجره للزائـد الـذی هو بمنزله النفقه الضـروریه التی تجب علی الولد، و لا لدفعه فی الریاض بأنه اجتهاد فی مقابله إطلاق النصوص المعتبره المعتضده بالأصـل و الشـهره، بل و الاتفاق کما یظهر من عبائر الأجله، لکن ربما یجاب عن النصوص و عبارات الأصـحاب بالورود مورد الغالب، و ربمـا لاـ یخلو من منـاقشه، إلا أن الأحوط مراعاه الأجره، إذ الجمیع کما تری، و خصوصا ما سـمعته من الریاض مما هو ظاهر فی عدم العض علی المسأله بضـرس قاطع، و کان السـبب فی ذلک أنه تبع غیره فی الإشکال المزبور الذی لا محل له بناء علی کون المراد ممـا فی النص و الفتوی مـا ذکرنا من أن أجره المثل المضـروبه للأم علی الأب شـرعا إنما هی فی الحولین لا الأزیـد، فإن استحقاقها أجرتها محتاج إلی معامله مع الزوج أو غیرها مما یقتضی استحقاقها إیاه غیر الإرضاع، کما هو واضح عند التأمل.

نعم قد یشکل استحقاقها أجره ما زاد علی الواحد و العشرین شهرا مع عدم رضا الأب، بل و مع سکوته، باعتبار ما سمعت من أن الفرض علیه أحد و عشرون

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

شهرا، فالزائد علی ذلک حینئذ کالزائد علی الحولین، و یدفعه أن ظاهر قوله تعالی(۱):

«وَ الْوالِداتُ» و السنه(۲)و الفتوی أن الأصل فی منتهی الرضاعه شرعا الحولان، و أما النقصان إلی الواحد و العشرین فهو مشروط بالتراضی منهما و التشاور، و إلا فمع فرض إراده الأب ذلک فصلا عن سکوته و عدم رضا الأم فالظاهر ثبوت الأجره لها، ضروره ظهور الآیه(۳)فی اعتبار رضاهما و تشاورهما فی رفع الجناح عن النقصان عن الحولین، و هذا و إن خلت عنه کلمات الأصحاب و تصریحا إلا أنه ظاهرها، بل هو ظاهر الکتاب بل هو صریح المقداد فی الکنز فلا بأس بالفتوی به، بل هو جید جدا، فتأمل و الله العالم.

و کیف کان ف الأم أحق بإرضاعه بلا خلاف أجده فیه بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعله المراد من قوله تعالی (۴)«وَ الْوالِداتُ یُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ» خصوصا مع قوله تعالی بعد ذلک «لا تُضَارَّ والِدَهٌ بِوَلَدِها» مضافا إلی

الخبر(۵)عن أبی عبد الله علیه السلام «الحبلی المطلقه ینفق علیها حتی تضع حملها، و هی أحق بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأه أخری، إن الله عز و جل یقول (۶)«لا تُضَارَّ والِدَهٌ بِوَلَدِها وَ لا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ».

و خبر الکنانی (۷)عنه علیه السلام أیضا «إذا طلق الرجل و هی حبلی أنفق علیها حتی تضع حملها، فإذا وضعته أعطاها أجرها و لا یضارها إلا أن یجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هی رضیت بذلک الأجر فهی أحق به حتی تفطمه».

و خبر البقباق (۸)قلت لأبی عبد الله علیه السلام: «الرجل أحق بولده أم المرأه؟

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحکام الأولاد.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۵.

۶- ۶ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۳.

فقال: لا بل الرجل قال: فان قالت المرأه لزوجها الذی طلقها: أنا أرضع ابنی بمثل ما تجد من ترضعه فهی أحق به».

و خبر داود بن الحصین (۱)عنه علیه السلام أیضا فی قول الله عز و جل «وَ الْوالِداتُ یُرْضِعْنَ» إلی آخره قال: «ما دام الولد فی الرضاع فهو بین الأبوین بالسویه، فإذا فطم فالأب أحق به من الأم، فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه، فإن وجد الأب من یرضعه بأربعه دراهم و قالت الأم لا أرضعه إلا بخمسه دراهم فان له أن ینزعه منها، إلا أن ذلک خیر له و أرفق به أن یترک مع أمه»

إلی غیر ذلک من النصوص الداله علی أحقیه الأم إذا لم تکن مضاره بزیاده الطلب و إنما طلبت ما یطلب غیرها، و أما لو طلبت زیاده کان للأب نزعه و تسلیمه إلی غیرها للنهی (۲)عن المضاره و للنصوص (۳)السابقه المعتضده بعدم الخلاف نقلا و تحصیلا أو الإجماع کذلک.

و حینئذ ف لو تبرعت أجنبیه بإرضاعه فرضیت الأم بالتبرع فهی أحق به لما عرفت و إن لم ترض بذلک فللأب تسلیمه إلی المتبرعه بل لعل ظاهر المصنف سقوط الحضانه أیضا کما ستسمع جزمه به فیما یأتی، إنما الکلام فیما لو عصت به و لم تسلمه إلی الأب مع وجود المرضعه بالأقل فهل یسقط حقها أصلا، لأنها تکون حینئذ کالأجنبیه المتبرعه، أو یسقط بالنسبه إلی ما طلبته من الزیاده؟ وجهان، ظاهر الأصحاب و النصوص الأول، لعدم الإذن حینئذ فی رضاعها إیاه شرعا، و یحتمل قویا الثانی إن لم یکن إجماعا علی عدمه، بل یمکن تنزیل النص و الفتوی علیه. فتأمل جیدا.

ثم إن الظاهر سقوط حقها مطلقا مع وجود المتبرعه مجانا، و عن بعض العامه بل ربما حکی عن بعض منا أیضا أن مع رضاها بأجره المثل تکون لها، وجدت

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد.

المتبرعه أو لم توجد، رضی الأب أو لم یرض، لإطلاق قوله تعالی (۱)«فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ» و غیره لکنه- بعد ما سمعت من النصوص- کالاجتهاد فی مقابله النص، بل و قوله تعالی (۲): «لا تُضَارَّ. مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ» بل و فحوی قوله تعالی (۳):

«وَ إِنْ تَعاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْری».

[فرع لو ادعی الأب وجود متبرعه و أنکرت الأم فالقول قول الأب]

فرع:

لو ادعی الأب وجود متبرعه و أنکرت الأم ف المحکی عن المبسوط أن القول قول الأب لأنه یدفع عن نفسه وجوب الأجره فهو حینئذ منکر و هی مدعیه وجوبها علیه و لکن علی تردد کما عن التحریر، لأصاله أحقیه الأم کما سمعت النصوص (۴)الداله علیه، فوجود المتبرعه کالمانع الذی یحتاج مدعیه إلی البینه علیه، خصوصا مع إمکان إقامتها علیه، و

قوله علیه السلام (۵)فی النصوص «إلا أن یجد»

یراد منه إلا أن یوجد أو یعلم أنه یجد، لا أن المراد إیکال ذلک إلی دعواه، بل ینبغی الجزم به لو کانت الدعوی بعد حصول الرضاع، فان علیه إقامه البینه علی وجود المتبرعه حال رضاعها مع طلب انتزاعه منها و امتناعها، ضروره أصاله احترام عمل المسلم و ماله، و المراد من نحو المتن التداعی من أول الأمر، مع أن الأقوی فیه أیضا ما سمعت، نعم لو أقام بینه بعد ذلک أن المتبرعه کانت موجوده فی ذلک الوقت الذی قلنا بتقدیم قولها فیه سقطت أجرتها، مع أنه قد یمنع مع فرض حصول الیمین و انقطاع الدعوی، لذهاب الیمین بما فیها، بل قد یحتمل ذلک مع عدم الحلف مع فرض عجزه عن البینه أو تساهله فی إقامتها علی دعواه، فان عمل الامرأه و لبنها حینئذ محترم، فیبقی علی أصل الاحترام بعد فرض کون ذلک

۱- ۱ سوره البقره:- الآیه ۲۳۳.

۲- ۲ سوره البقره:- الآیه ۲۳۳.

۳- ۳ سوره البقره:- الآیه ۲۳۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث- ۲.

منها بالطريق الشرعی، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و يستحب أن يرضع الصبی بل المولود بلبن أمه فهو أبرک و أفضل من غيره لأنه أقرب إلی مزاجه، و ل

قول الصادق عليه السلام فی خبر طلحه بن يزيد(۱)قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما من لبن يرضع به الصبی أعظم برکه عليه من لبن أمه».

کما أنه يستحب إرضاع المرضعه الولد من الثديين معا ل

خبر العباس بن الوليد عن أمه أم إسحاق بنت سليمان (۲)قالت: «نظر الصادق عليه السلام إلی و أنا أرضع أحد ابنی محمد أو إسحاق فقال: يا أم إسحاق لا ترضعيه من ثدی واحد، و أرضعيه من کليهما يکون أحدهما طعاما و الأخر شرابا».

و فی خبر جابر(۳)«قال رسول الله صلی الله عليه و آله و سلم: إذا وقع الولد فی بطن أمه- إلی أن قال-: و جعل الله رزقه فی ثدی أمه أحدهما شرابه و الأخر طعامه»

الخبر.

هذا و لکن ينبغی أن يعلم أن ظاهر استحباب الارتضاع بلبن الأم إنما هو من حيث الأميه المقابل بالأجنبيه، و إلا فقد تقتضی العوارض أولويه الارتضاع من غير الأم من حيث شرافه الأجنبيه و طيب لبنها و خباثه الأم لکونها ذميه أو مجوسيه أو غير عفيفه أو غير نقيه أو نحو ذلک، فالمراد حينئذ أنه مع تساوی المرضعات من کل الجهات الأميه جهه مرجحه، و الله العالم.

[الثالث الحضانه]

اشاره

و أما الحضانه بالفتح و الکسر فهی کما فی القواعد و المسالک ولايه و سلطنه علی تربيه الطفل و ما يتعلق بها من مصلحه حفظه و جعله فی سريره و کحله و تنظيفه و غسل خرقه و ثيابه و نحو ذلک، و فيه أنه إن کان المراد أنها ولايه کغيرها من الولايات التی لا تسقط بالإسقاط و أنه تجب علی الأم مراعاه ذلک علی وجه لا تستحق عليه الأجره- کما صرح به فی المسالک- منهما ليس فی شی ء من الأدله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۸- من أبواب أحکام الأولاد الحديث ۲ عن طلحه بن زيد و هو الصحيح.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶۹- من أبواب أحکام الأولاد الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶۹- من أبواب أحکام الأولاد الحديث ۲.

مـا يقتضـى ذلـک، بـل فيهـا مـا يقتضـى خلافه، كالتعليق على مشـيئتها و التعبير بالأحقيه، بل ظاهرها كون هـذه الأحقيه مثلها فى الرضاع، و حينئذ لا يكون ذلك واجبا عليها، و لها إسقاطه و المطالبه بأجرته، اللهم إلا أن يكون إجماعا و لم نتحققه، بل لم نعثر على تحرير لأصـل المسأله فى كلمـاتهم، نعم فى الريـاض «لاـ شـبهه فى كون الحضانه حقا لمن ذكر، و لكن هل تجب عليه مع ذلك أم له إسـقاط حقه منها؟ الأصل يقتضـى ذلک، و هو الـذى صـرح به الشـهيد فى قواعده فقال: لو امتنعت الأم من الحضانه صار الأب أولى، و لو امتنعا معا فالظاهر إجبار الأب، و نقل عن بعض الأصـحاب وجوبها، و هو حسن حيث يسـتلزم تركها تضييع الولـد، إلاـ أن حضـانته تجب كفايه كغيره من المضـطرين، و فى اختصاص الوجوب بـذى الحق نظر، و ليس فى الأخبار ما يـدل على غير ثبوت أصل الاسـتحقاق، و هو لا يسـتلزم الوجوب» و هو كما ترى لا تحرير فيه، بل ما ذكره من عدم إجبار الأب واضح الضعف، و الله العالم.

و على كل حال فأصـله الحفظ و الصيانه كما عن المقاييس، و لعله يرجع إليه ما قيل من أنها من الحضن، و هو ما دون الإبط إلى الكشح، كما عن العين و غيره، يقال:

حضن الطائر بيضه يحضـنه إذا ضمه إلى نفسه، و لا إشكال فى أمرها كما فى كشف اللثام إذا لم يفترق الزوجان بطلاق أو غيره، فإذا افترقا فان كان الولد بالغا رشيدا تخير فى الانضمام إلى من شاء منهما أو من غيرهما و التفرد ذكرا كان أو أنثى، لأصاله عدم ولايه أحد على أحد المقتصـر فى خلافها على محل اليقين، و لأنها إنما ثبتت مع ضعف المولى عليه و نقصه، فإذا كمل فلا جهه للولاـيه عليه، فلا عبره بإطلاق بعض أخبار ما يوهم عموم ولايه الحضانه، و هو جيـد، لكن قوله: «لا إشـكال» إلى آخره فيه أنه لا فرق فى حكم الحضانه بين الافتراق و عـدمه، اللهم إلا أن يريـد من عـدم الاشـكال غلبه عـدم التشاح و النزاع فى الولـد مع عـدم الافتراق، لا عدمه بالنسبه إلى الحكم، و الأمر سهل.

و إن كان صغيرا فالأم أحق بالولد مده الرضاع، و هى حولان ذكرا كان

أو أنثى إذا رضعته هى بنفسها أو بغيرها بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل فى الرياض «إجماعا و نصا و فتوى» لقوله تعالى (۱)«لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها» و للنصوص (۲)السابقه الداله على أحقيه الأم، و ل

مرسل المنقرى (۳)«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته و بينهما ولد أيهما أحق؟ قال: المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج»

و رواه الصدوق عنه عن حفص بن غياث (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام،

و خبر أيوب بن نوح (۵)قال: «كتب إليه بعض أصحابه أنه كانت لى امرأه و لى منها ولد فخليت سبيلها، فكتب: المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه»

و خبر داود الرقى (۶)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه حره نكحت عبدا فأولدها أولادا ثم طلقها، فلم تقم مع ولدها و تزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ ولده منها، و قال: أنا أحق بهم منك إذا تزوجت، قال: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوجت حتى يعتق، هى أحق بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها».

و خبر الفضيل بن يسار(۷)عن أبى عبد الله عليه السلام «أيما امرأه حره تزوجت عبدا فولدت منه أولادا فهى أحق بولدها منه، و هم أحرار، فإذا أعتق الرجل فهو أحق بولده منها لموضع الأب».

و موثق جميل و ابن بكير جميعا(۸)«فى الولد من الحر و المملوكه، قال:

يذهب إلى الحر منهما»

و خبر عبيد الله بن على المروى عن الأمالى (۹)عن الرضا عن آبائه، عن على عليهم السلام «إن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قضى بابنه حمزه لخالتها، و قال: الخاله والده».

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ۴.

۴- ۴ أشار إليه فى الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴ و ذكره فى الفقيه ج ۳ ص ۲۷۵ الرقم ۱۳۰۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ۶.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۳.

٩- ٩ الوسائل الباب- ٧٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴.

و خبر أيوب بن نوح (۱)قال: «كتب إليه مع بشار بن بشير: جعلت فداك رجل تزوج امرأه فولدت منه ثم فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب: إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله و إن تركه فله»

لكن عن ابن الفهد أن الحضانه مشتركه بين الأب و الأم، بل ادعى الإجماع، و ربما كانت الآيه(۲)داله عليه، بل خبر داود بن الحصين (۳)السابق ظاهر فيه، و فيه أن الإجماع موهون بمصير الأكثر إلى خلافه بل الكل، و معارضه صدر الخبر بذيله مع عدم وضوح المراد بالتسويه فيه، إذ يمكن إراده ذلك من جهه أن على الأم الرضاعه و على الأب الأجره فتربيته بينهما بالسويه من هذه الحيثيه، و على كل حال فلا ريب في ضعفه.

نعم لا خلاف في اشتراط ذلك بما إذا كانت حره مسلمه عاقله و غير مزوجه بلا خلاف في الأربعه ف لا حضانه للأمه المقيده بالرق المانع من ثبوت ولايه له باعتبار كونه كلا على مولاه لا يقدر على شي ء، و كون المولى عليه لا يكون وليا بناء على أن الحضانه من الولايات، و إلا كانت النصوص التي سمعتها هي الحجه، مؤيده بأن منافع الأمه مملوكه للسيد المقدم حقه على غيره، من غير فرق في المملوك بين المدبر و أم الولد و المكاتب المشروط و المطلق إذا لم يتحرر منه شي ء أما المبعضه فيحتمل أن لها الحضانه بمقدار جزئها الحر في مده المهاياه، نحو ما في المسالك من أنه «لو كان نصف الولد رقا و نصفه حرا فنصف حضانته للسيد و نصفه للأم أو من يلي حضانه الحر من الأقارب، فإن اتفقا على المهاياه أو على استئجار من يحصنه أو رضي أحدهما بالاخر فذاك و إن تمانعا لم يضيع و استأجر الحاكم من يحضنه، و أوجب المئونه على السيد و من يقتضي الحال الإيجاب عليه، و ليس هذا كتزاحم المتعددين في درجه على الحضانه كما سيأتي، لأنه لا استحقاق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۷ و فيه «كتبت اليه مع بشر بن بشار.» كما هو كذلك في السرائر ص ۴۷۹.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

هنا لکل واحد فی مجموع الحضانه بخلاف ما یأتی، فلا یتوجه القرعه» قلت: لکن یتوجه المهایاه بینهما فی ذلک.

و کذا لا- حضانه للکافره مع الأب المسلم لکون الولد حینئذ مسلما بإسلام أبیه وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْکٰافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا(۱)بناء علی أنها ولایه، بل و إن قلنا: إنها أحقیه، فإن

«الإسلام یعلو و لا یعلی علیه»(۲)

و المسلم أحق من الکافر الذی یخشی علی عقیده الولد ببقائه عنده و نموه علی أخلاقه و ملکاته، نعم لو کان الولد کافرا تبعا لأبویه فحضانته لها إلی أن یفطم إن ترافعوا إلینا، بل فی المسالک أنه لو وصف الولد الإسلام نزع من أهله، و لم یمکنوا من کفالته، لئلا یفتنوه عن الإسلام الذی قد مال إلیه و إن لم یصح إسلامه، و إن کان قد یناقش بأنه مخالف لمقتضی الأدله التی لا یصلح الخروج عنها باعتبارات لا دلیل علیها من الشرع.

و لا حضانه أیضا للمجنونه التی لا یتأتی منها الحفظ و التعهد، بل هی فی نفسها محتاجه إلی من یحضنها، بل فی المسالک «لا فرق بین أن یکون الجنون مطبقا أو منقطعا إلا إذا وقع نادرا أو لا یطول مدته، فلا یبطل الحق، بل هو کمرض یطرء و یزول» و فیه أن الأدواری و إن لم یکن نادرا لا یمنع جریان حکم المعامله حال عدمه، کما فی نظائر المقام، لإطلاق الأدله، بل قد یقال إن لم یکن إجماعا: إن الجنون و إن کان مطبقا لا- یبطل حقها من الحضانه و إن انتقل الأمر حینئذ فی تدبیر ذلک إلی ولیها کباقی الأمور الراجعه إلیها، و لعله لذا ترک المصنف اشتراطه، و کأن من اشترطه نظر إلی کون الحضانه ولایه، و المجنون معزول عنها، و قد عرفت ما فیه.

و منه یعلم ما فی المسالک و غیرها من أن «فی إلحاق المرض المزمن الذی

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۴۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب موانع الإرث الحدیث ۱۱ من کتاب المواریث.

لاـ یرجی زواله کالسل و الفالـج بحیث یشـغله الألـم عن کفالته و تـدبر أمره وجهین، من اشتراکهما فی المعنی المانع من مباشـره الحفـظ، و أصـاله عـدم سـقوط الولاـیه مع إمکان تحصـیلها بالاسـتنابه، و به یفرق بینه و بین الجنون» ضـروره أن السـقوط مناف لإطلاق الأدله علی کل تقدیر.

و کـذا ما فی المحکی عن قواعـد الشـهید عن بعضـهم من اشتراط أن لا یکون بها مرض معد من جذام أو برص مما یترتب علی حضانتها من خوف الضرر علی الولد، و قد

قال صلی الله علیه و آله و سلم (۱): «فر من المجذوم فرارک من الأسد»

ضروره منافاه ذلک أیضا لإطلاق الأدله، خصوصا بعد

قوله صلی الله علیه و آله و سلم (۲): «لا عدوی و لا طیره»

علی أنه یمکن التحرز عن ذلک بمباشره غیرها بأمرها.

و کذا ما یحکی عنها أیضا من سقوط حضانتها أیضا بسفر الأب، لجواز استصحابه الولد حینئذ فتسقط حضانتها، و کذا ما یحکی عن مبسوط الشـیخ من اعتبـار کونها مقیمه فلو انتقلت إلی محل یقصـر فیه الصـلاه بطل حقها من الحضانه، ثم حکی عن قوم أنه إن کان المنتقل هو الأب فالأم أحق به، و إن کانت الأم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحکام العشره الحدیث ۲ من کتاب الحج عن الصدوق قده بإسناده عن شعیب بن واقد عن الحسین بن زید عن الصادق عن آبائه علیهم السلام فی حدیث المناهی قال: «و کره ان یکلم الرجل مجذوما.» الا أن هذه القطعه لم یذکر فی حدیث المناهی المروی فی الفقیه ج ۴ ص ۲ بالسند المتقدم بعینه، فما ذکره المعلق علی الوسائل الطبع الحدیث من أن فی الاسناد و هم فی غیر محله، فان سند حدیث المناهی هو ذلک، و هذه القطعه مذکوره فی روایتین: الاولی فی وصایا النبی صلی الله علیه و آله و سـلم لعلی علیه السـلام المرویه فی الفقیه ج ۴ ص ۲۵۸ الا أن السـند غیر السند المتقدم، و الثانیه فی ضمن المکروهات التی ذکرها النبی صلی الله علیه و آله و سلم المرویه فی الفقیه أیضا ج ۳ ص ۳۶۳ بسند آخر.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب أحکام الدواب الحدیث ۱ من الحج.

منتقله فان انتقلت من قریه إلی بلـد فهی أحق به، و إن انتقلت من بلد إلی قریه فالأب أحق به، لأن فی السواد یقل تعلیمه، بل عنه أنه قواه.

و الجمیع کمـا تری تهجس لاـ یجوز الخروج به عن إطلاـق الأـدله، و من الغریب ذکرهم جمله من الأـمور هنـا بعنوان الشـرطیه لاستحقاق الحضانه و لم یذکروا شیئا منها فی أحقیه الرضاع مع اتحاد الوجه فیهما فتأمل.

و کذا الکلام فی اعتبار العداله التی من النادر حصولها فی النساء باعتبار أن الفاسق لا ولایه له، و لا یؤمن أن یخون فی حفظه فلا حظ له فی حضانتها إذ قـد عرفت أنها لیست ولایه، مع أن منشأها الشـفقه التی هی من لوازم طبیعه کل حیوان، و من هنا قال فی القواعد: «الأقرب عدم اشتراط العداله» خلافا للمحکی عن مبسوط الشیخ و قواعد الشهید و تحریر الفاضل، فاشترطوا عدم الفسق.

و فی المسالـک «أنه یمکن الجمع بین عـدم اشتراط العـداله مع اشتراط عـدم الفسق، لثبوت الواسـطه عنـد الأکثر، و یجعل المانع ظهـور الفسـق لمـا یـترتب علیـه مـن الأخطـار السـابقه، بخلـاف غیر من المسـتورین و إن لم تظهر عـدالته بـالمعنی الـذی اعتـبره المتأخرون» و فیه أن مقتضـی إطلاق الأدله أیضا خلاف ذلک، خصوصا مع غلبه الفسق فی النساء، نعم لو ظهر عدم ائتمان المرأه علی الولد أمکن حینئذ دعوی سقوط حضانتها و عدم شمول الإطلاقات لها، بل فی کشف اللثام أنه لا شبهه فی ذلک.

أما اشتراط عدم التزویج فلا أجد فیه خلافا، بل فی الروضه الإجماع علیه، و هو الحجه بعد مرسل المنقری (۱)المنجبر بما عرفت، بل و فحوی خبر داود الرقی (۲)معتضدا ذلک کله

بالنبوی (۳)العامی إنه صلی الله علیه و آله و سلم قال: «الأم أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج»

و فی آخر(۴)«إن امرأه قالت یا رسول الله إن ابنی هذا کان

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ المستدرک الباب- ۵۸- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۵.

۴- ۴ سنن البیهقی ج ۸ ص ۴.

بطنی له وعاء و ثدیی له سقاء و حجری له حواء و إن أباه طلقنی و أراد أن ینتزعه منی، فقال لها النبی صلی الله علیه و آله و سلم: أنت أحق به ما لم تنکحی»

و بأنها بالتزویج تشتغل بحقوق الزوج عن الحضانه، و إذنه لا تجدی کإذن السید لاحتمال رجوعه فیتشوش أمر الولد، و العمده النص و الإجماع، إذ حقوق الزوجیه لا تنافی حق الحضانه و إلا لنافتها و هی فی حباله، علی أن ظاهر النص و الفتوی سقوط حق حضانتها بمجرد عقد النکاح و إن لم یحصل دخول یقتضی التشاغل فی حق الزوج، بل ظاهرهما ذلک أیضا و لو التزم الزوج الجدید بملزم شرعی لعدم الرجوع بالاذن لها و بما لا ینافی الحضانه أو فرض التزویج بحال لا ینافی الحضانه.

إنما الکلام فی عود الحضانه لها بالطلاق و عدمه، فعن الشیخ الأول، لوجود المقتضی و فرض ارتفاع المانع، و عن ابن إدریس الثانی، لاستصحاب السقوط بعد عدم الدلیل علی العود، قیل و علی الأول أنه یعود بمجرد وقوعه إذا کان بائنا، و إن کان رجعیا فبعد العده، و یحتمل عوده بمجرده أیضا، لعدم الاشتغال بحقوق الزوجیه معه و إن کان رجعیا.

بقی شی ء: و هو أن ما قلناه من الحضانه للأم مده الرضاعه أی الحولین مشروط بارتضاعه منها، فلو فطم قبل الحولین ترتفع حضانتها، کما هو مقتضی

قوله علیه السلام (۱): «فإذا فطم فالأب أحق منها»

أو أن لها الحضانه فی مده تمام الحولین و إن فطم قبلهما، و إنما ترتفع حضانتها بتمامهما و إن بقی یرتضع بعدهما؟ وجهان، لا یخلو ثانیهما من قوه، للأصل و إمکان تنزیل

قوله علیه السلام (۲): «حتی یفطم»

علی الغالب من الحولین، فتأمل جیدا، هذا کله فی مده الرضاعه أی الحولین.

ف أما إذا فصل الولد و انقضت مده الرضاعه فالوالد أحق بالذکر و الأم أحق بالأنثی حتی تبلغ سبع سنین من حین الولاده علی الأشهر بل المشهور، بل عن الغنیه الإجماع علیه فیهما، و السرائر فی الأول لخبری الکنانی(۳)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

و داود بن الحصين (۱)المتقدمين و إن شملا الأنثى إلا أن المراد منهما الذكر، جمعا بينهما و بين ما دل على السبع من خبرى أيوب بن نوح (۲)السابقين المنزلين على الأنثى، و الشاهد الإجماع المحكى فيهما المؤيد بالاعتبار، إذ الوالد أنسب بتربيه الذكر و تأديبه، كما أن الوالده أنسب بتربيه الأنثى و تأديبها.

و قيل و القائل المفيد و سلار و القاضى فيما حكى عنهم الأم أحق بها حتى تبلغ تسعا إلا أنا لم نقف على مستنده اللهم إلا أن يقال: إنها لما كانت مستوره و لا بد للأب من التبرج كثيرا لم يكن بد من ولى يربيها إلى البلوغ، و حده تسع سنين، أو تستصحب الحضانه إليها بعد تنزيل خبرى السبع على الذكر، كما عن الخلاف و المبسوط و أبى على و القاضى أيضا، فيقتصر بهما على الخروج منه عليه خاصه، فإنه و إن كان مطلقا إلا أن الأليق ولايه الأب عليه إذا بلغ سبعا و الأنثى بخلافه، إذ بلوغ السبع وقت التأديب و التربيه لهما، و تأديبه أليق بالأب و تربيتها بالأم، و ربما يؤيد النصوص (۳)الوارده فى إهمال الصبى سبعا، و ضمه و لزومه للأب و تعليمه الكتاب سبعا، و تعليمه الحلال و الحرام سبعا، بل منها مال فى الحدائق إلى التوقيت بالسبع فى الذكر و الأنثى، إلا أنه قد فاته ملاحظه نصوص (۴)التعليق على الفطام.

و قيل و القائل الصدوق فى المحكى عن مقنعه و أبو على فيما حكى عنه أيضا إن الأم أحق بها ما لم تتزوج الأم لمرسل المنقرى (۵)و خبر حفص بن غياث (۶)السابق، و لكن يمكن حمل الخبر و كلاميهما على ما قبل البلوغ على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۶- ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۲ و ۸۳- من أبواب أحكام الأولاد.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴.

۶- ۶ راجع التعليقه ۴ من ص ۲۸۵.

ما يقتضيه الأصول، كما عن صريح الخلاف، فيوافق القول بالانتهاء إلى تسع سنين، و على كل حال ف الأول أظهر لما عرفت. ثم يكون الأب أحق بها حينئذ.

و كذا قد عرفت أنه لو تزوجت الأم سقطت حضانتها عن الذكر و الأنثى و كان الأب أحق بهما للنص (۱)و الإجماع السابقين، لكن من المعلوم إراده تزويجها بغير الأب و إلا لسقطت حضانتها و هى فى حباله قبل أن تفارقه، و هو معلوم العدم، فمن الغريب ما فى المسالك من احتمال ذلك.

نعم ينبغى أن لا يمنع الولد من زيارتها و الاجتماع معها كما لا تمنع هى من زيارته و الاجتماع معه، لما فى ذلك من قطع الرحم و المضاره بها، فان كان ذكرا ترك يذهب إلى أمه، و إن كانت أنثى أتتها هى زائره مع فرض الضرر عليها بخروجها و إلا مضت هى إليها، و المراد عدم منع المواصله بينهما مع فرض عدم التضرر على الطفل بها، و خصوصا فى حال مرضه أو مرضها أو موت كل منهما، كما هو واضح، هذا كله فى الذكر و الأنثى.

أما الخنثى المشكل ففى إلحاقه بالذكر أو بالأنثى قولان، منشؤهما استصحاب حق حضانه الأم الثابت قبل تمام الحولين، للشك فى المزيل، إذ هو الذكوره و لم تتحقق، و كون استحقاقها مشروطا بالأنوثيه و لم يعلم.

و فى المسالك و غيرها «الأقوى الأول لوجوب جريان أحكامها عليها من الستر و نحوه، و دخوله فى عموم الأخبار(۲)الداله على استحقاقها الولد مطلقا، خرج منه الذكر لمناسبه تربيته و تأديبه فيبقى الباقى» و فيه منع وجوب الستر عليها فى غير متيقن الشغل، كالصلاه المحتاجه إلى البراءه اليقينيه، و عموم أخبار السبع (۳)ليس بأولى من عموم أخبار التعليق على الفطام (۴)الذى لم يعلم خروج غير

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۶- ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱ و ۲.

الأنثى منه، فالمتجه حينئذ الرجوع إلى إطلاق ولايه الأب على ولده المقتصر فى تقييده على خصوص الحولين فى حضانه الذكر و السبع فى حضانه الأنثى، فيبقى الخنثى فى غير القدر المشترك أى الحولين تحت الإطلاق.

و كيف كان ف لو مات الأب بعد انتقال الحضانه إليه أو قبله كانت الأم أحق بهما من الوصى للأب و من باقى أقاربه حتى أبيه و امه فضلا عن غيرهما، كما أنها لو ماتت هى فى زمن حضانتها كان الأب أحق بهما من وصيها و من أبيها و أمها فضلا عن باقى أقاربها بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك، بل ظاهرهم الإجماع عليه، للأصل فى بعض الصور متمما بعدم القول بالفصل، و لأنها أشفق و أرفق «وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ فِی کِتابِ اللَّهِ»*(۱)و لما فى

مرسل ابن أبى عمير عن زراره(۲)عن الباقر عليه السلام المتقدم سابقا «و ليس للوصى أن يخرجه من حجرها حتى يدرك و يدفع اليه ماله».

و ما فى

خبر داود بن الحصين (۳)السابق أيضا «فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه»

و لظهور قوله تعالى (۴)«لا تُضَارَّ» إلى آخره فى كون الحق لهما دون غيرهما، إلا أنه مع وجودهما كان تفصيل الأمر بينهما شرعا على ما عرفت، أما مع موت أحدهما يبقى الآخر بلا معارض، فلا يضار بأخذ الولد منه، بل لعل ذلك ظاهر النصوص (۵)السابقه باعتبار إثبات الأحقيه للأم فى الذكر حتى يفطم فيكون الأب أحق به، و فى الأنثى سبعا، فيكون الأحق الأب، فأصل الحق ثابت لكل منهما إلا أنه يكون غيره أحق منه، و من المعلوم أن ذلك يكون مع وجوده، أما مع عدمه

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸- الآيه ۷۵.

۲- ۲ أشار إليه فى الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲ و ذكره فى التهذيب ج ۸ ص ۱۰۶ الرقم ۳۵۶ الا أنه لم يتقدم هذا المرسل سابقا، و انما ذكر لفظه فى صحيح ابن سنان المتقدم فى التعليقه ۳ من ص ۲۷۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۱.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحكام الأولاد.

فلیس الحق حینئذ إلا لذی الحق، ضروره فرض عدم الأحق منه، و کأن ذلک و نحوه منشأ اتفاق الأصحاب، فما وقع من بعض الناس- من الإشکال فی ذلک باعتبار خلو النصوص عن التعرض لذلک- فی غیر محله.

و منه یعلم الوجه فیما یقتضیه إطلاق العباره و غیرها من کونها حینئذ أحق حتی لو کانت متزوجه، کما هو صریح المحکی عن إرشاد العلامه و تلخیصه، لکن فی المسالک «أن باقی عبارات الأصحاب فی ذلک مجمله، کعباره المصنف محتمله لتقییدها بکونها غیر مزوجه نظرا إلی أنه شرط فی الحضانه مطلقا، و إلی التعلیل المذکور باشتغالها بحقوق الزوج، فإنه آت هنا» و لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرنا، و بعد ما سمعته سابقا مما فی التعلیل المزبور الذی لا أثر له فی شی ء من النصوص، مضافا إلی ما عساه یستفاد من قول المصنف و غیره.

و کذا لو کان الأب مملوکا أو کافرا کانت الأم الحره المسلمه أحق بهما و إن تزوجت بل لعله لا خلاف فیه، إذ لیس ذاک إلا من جهه عدم حق لهما فی الحالین، فیبقی حقها حینئذ بلا معارض نحو ما سمعته فی المقام، بل هو منشؤ النصوص (۱)السابقه المصرحه بأولویه الأم مع رقیه الأب، بل

فی بعضها(۲)«و إن تزوجت».

و أما الکافر فإنه و إن لم یکن فیه نص إلا أن من المعلوم عدم ولایته علی المسلم و عدم معارضته له، لأن

«الإسلام یعلو و لا یعلی علیه»(۳)

فهو حینئذ أنقص من المملوک بالنسبه إلی ذلک، فیکون أولی منه بالحکم المزبور.

و من هنا یعلم أن ما اعتبر فی الحضانه بالأم معتبر أیضا فی الأب عدا التزویج إلا أن المصنف لما اقتصر هناک علی الحریه و الإسلام ذکرهما خاصه هنا، و أما العقل و غیره مما سمعته فیما تقدم فالکلام فیها کالکلام هناک، فالضابط حینئذ أن الأب إنما یکون أولی من الأم مع اجتماع شرائط الحضانه فیه التی منها الإسلام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحکام الأولاد.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب موانع الإرث الحدیث ۱۱ من المواریث.

و الحریه قطعا، بل فی المسالک و العقل إجماعا و إن کان فیه الاحتمال السابق.

و أما الإقامه و الحضر و السلامه من الأمراض المزمنه و المعدیه فعلی البحث السابق، فمتی اختل شرط من شروطها فیه کانت الأم أحق بالولد مطلقا إلی أن یبلغ، و متی اختل شرط من شروطها فیها فالأب أحق به مطلقا، و متی مات أحدهما انتقل الحق إلی الآخر مطلقا، لما عرفته مفصلا، و اشتراط عدم تزویجها إنما یعتبر فی ترجیحها علی الأب مع اجتماع الشرائط ف یه خاصه.

نعم لو أعتق العبد کان حکمه حکم الحر بلا خلاف أجده فیه للنص (۱)المتقدم، و مثله ما لو أسلم الکافر أو عقل المجنون أو عدل الفاسق إلی غیر ذلک من الشرائط السابقه بناء علی اعتبارها، ضروره اتحاد الجمیع فی المدارک، و هو أن الولایه ثابته بالأصل و إنما تخلفت لفقد الشرط، فإذا حصل ثبتت. أو أن هذه الأشیاء موانع، فإذا زالت أثرت لإطلاق ما دل (۲)علی أن الأب مثلا أحق بالحضانه الشامل لمحل الفرض، خصوصا بعد فحوی ما ورد(۳)فی العبد من أنه لو أعتق کان أحق لموضع الأب المراد منه أن الأبوه المقتضیه لأحقیته متحققه فیه، إلا أنه کانت الرقیه مانعه من تأثیرها، فلما زالت اقتضت الأبوه مقتضاها، و هو أمر جار فی جمیع نظائره، کما هو واضح، و لا ینافی ذلک عدم عودها بالطلاق بناء علیه، لظهور الدلیل فی سقوط أحقیتها بأصل وقوع النکاح منها، و هو متحقق منها و إن طلقت، فتأمل و الله العالم.

و کیف کان فان فقد الأبوان فالحضانه لأب الأب أی الجد للأب، وفاقا للمحکی عن ابن إدریس و الفاضل، لأن أصل الحضانه للأب لأن له الولد انتقلت عنه إلی الأم مع وجودها بالنص و الإجماع، فإذا انتفیا انتقلت إلی أب الأب، لأنه أب و مشارک للأب فی کون الولد له، و له الولایه علیه فی المال و غیره، و کذا فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

الحضانه، و لا يرد أن أم الأم و أم الأب يسميان بالأم فيشملهما ما دل على حضانه الأم، لأنها لما خالفت الأصل اقتصرنا فيها على المتيقن.

فان عدم أى الأب للأب قيل كانت الحضانه للأقارب و ترتبوا ترتب الإرث نظرا إلى أولويه الأرحام فى الآيه(۱)و فيه تردد أو منع إذ المتجه حينئذ كون الحضانه للوصى للأب ثم للوصى للجد، لكونهما نائبين عنهما و قائمين مقامهما، و منها حضانه الطفل و تربيته و السعى فى مصالحه و مفاسده، و ربما استفيد من مرسل ابن أبى عمير(۲)ثبوت حق فى الجمله للوصى و إن كانت الأم أحق منه، لكن لم أجده قولا لأحد من الأصحاب مع كثره أقوالهم فى المسأله و تشتتها.

(فمنها) ما سمعت من أنها للجد من الأب مع فقد الأبوين، و مع عدمه فان كان للولد مال استأجر الحاكم من يحضنه و إلا كانت حكم حضانته حكم الإنفاق تجب على الناس كفايه كما عن ابن إدريس، و ربما قيل: إنه ظاهر المصنف أيضا، و إن كان فيه ان تردده فى انتقالها إلى الأرحام أعم من ذلك، لإمكان صيرورتها إلى الوصى الذى سمعته أو إلى الحاكم بعده أو من أول الأمر باعتبار أنه ولى من لا ولى له، فيحضنه حينئذ من بيت المال.

و (منها) أن حضانته بعد الأبوين للأولى بميراثه، فان اتحد و إلا أقرع بينهم، لأنه لاحظ للولد فى الشركه به، و هو الذى اعتمده فى المسالك لايه «وَ أُولُوا الْأَرْحامِ»*(۳).

و (منها) ما فى محكى الإرشاد من أنها للأجداد دون من شاركهم فى الإرث من الإخوه، فإذا عدموا فالى باقى مراتب الإرث، إلا أنه لم يفصل بين الأجداد للأب و للأم، و لا بين القريب و البعيد.

و (منها) ما عن المفيد من أنها تكون لأم الأب، فان لم تكن فلأبيه، فإن

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸- الآيه ۷۵.

۲- ۲ راجع التعليقه ۲ من ص ۲۹۳.

۳- ۳ سوره الأنفال: ۸- الآيه ۷۵.

لم یکونا فلأم الأم.

و (منهـا) مـا عن أبی علی من أنه من مـات من الأبوین کان الباقی أحق به من قرابه المیت، إلا أن یکون المسـتحق له غیر رشـید، فیکون من قرب إلیه أولی به، فان تساوت القرابات قامت القرابات مقام من هی له قرابه فی ولایته- إلی أن قال-:

و الأم أولی به ما لم تتزوج، ثم قرابتها أحق به من قرابه الأب، ل

قوله صلی الله علیه و آله و سلم (۱)فی ابنه حمزه: «یدفعها لخالتها دون أمیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه و جعفر»

إلی آخره. إلی غیر ذلک من أقوالهم المنتشـره التی لم نقف لها علی دلیل معتبر، إذ لیس فیما عثرنا علیه هنا مما یصـلح مدرکا و لو فی الجمله إلا الآیه و خبر بنت حمزه و إشعار

قوله علیه السلام فی الخبر(۲)السابق: «الأم أحق به من العصبه»

کقوله فی آخر:

«أحق به من الوصی و ولایه الجد للأب»

و نحو ذلـک مما لا یسـتفاد منه شـی ء من هـذه الأقوال، نعم دعوی عـدم الحضانه لشـی ء من الأرحام سوی الأب و الأم و الجد للأب کما عن ابن إدریس واضحه الضعف، للایه و خبر بنت حمزه و ما یشعر به قوله تعالی(۳):

«وَ ما کُنْتَ لَدَیْهِمْ إِذْ یُلْقُونَ أَقْلامَهُمْ أَیُّهُمْ یَکْفُلُ مَرْیَمَ» من معلومیه هـذا الحال فی ذلک الزمان مضافا إلی فعل زکریا، و الـذی یقوی فی النظر کونها للجـد من قبل الأب بعـد فقد الأبوین، ثم للوصـی المتأخر موته منهما، ثم للأرحام علی مراتبهم فی الإرث، ثم للحاکم، ثم للمسلمین کفایه، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۴ و المستدرک- الباب- ۵۲- منها الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۳- ۳ سوره آل عمران: ۳- الآیه ۴۴.

[فروع أربعه]

[الفرع الأول قال الشيخ إذا اجتمعت أخت لأب و أخت لأم كانت الحضانه للأخت من الأب نظرا إلى كثره النصيب فی الإرث]

الأول قال الشيخ «ره»: إذا اجتمعت أخت لأب و أم أو لأب و أخت لأم كانت الحضانه للأخت من الأب نظرا إلى أن كثره النصيب فی الإرث تقتضی زياده القرب، فتكون أولی، أو أن البنت من السببين أولی من السبب الواحد و قد سمعت الاشكال من المصنف فی أصل الاستحقاق للحضانه، للأصل و اختصاص النص بالأب و الأم و إراده الأولويه بالإرث من الآيه(۱)و على تقديره فالإشكال فی الترجيح أيضا و منشؤهما تساويهما فی الدرجه التی يستحقان بها الإرث، و زياده النصيب أعم من كونها للقرب المقتضی للاختصاص فی الحضانه، و من هنا كان المحكی عنه فی موضع من مبسوطه أنه قال:

«و إن قلنا: إنهما سواء و يقرع بينهما كان قويا» بل ستسمع كلامه فی الفرع الثالث.

و كذا قال فی أم الأم مع الأب فخص الحضانه بالثانيه لذلك أيضا و فيه الإشكال من الوجهين و إن كان قد عرفت ما فی أولهما، نعم هو لا يخلو من وجه فی ثانيهما، مع إمكان القول بأن ذلك مرجح لأحدهما على وجه يرفع القرعه المعتبر فی محلها التساوی فی الفردين من كل وجه، و فيه منع كون ذلك مرجحا بعد أن

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸- الآيه ۷۵.

لم يكن عليه دليل شرعى، على أنه يعارض فى الثانى بأن أم الأم أم أو بمنزلتها، فينبغى أن تكون مقدمه على من كان بمنزله الأب خصوصا بعد المحكى عنه فى

[الفرع الثانى قال فى جده و أخوات الجده أولى]

الفرع:

الثانى: و هو أنه قال فى جده و أخوات: الجده أولى لأنها أم فيشملها النص حينئذ و إن اتفق قله نصيبها من الأخت، و فيه منع كونها أما حقيقه، و لذا يصح السلب عنها، فيقال: ليست أما و إنما هى أم أم أو منع إرادتها منها هنا و لو للانسياق و إلا لقدمت على الأب، و لعله لذا كان المحكى عنه فى المبسوط تساويهما أى الأخوات و الجده فى الاستحقاق لاشتراكهما فى أصل الإرث فيتناولهما آيه أولى الأرحام (۱)و لعله الأقوى وفاقا لثانى الشهيدين، و حينئذ فيقرع بينهما، و للشافعى قول على ما قيل ترجيح (۲)الأخت، لأنها ركضت مع المولود فى رحم أو صلب.

[الفرع الثالث إذا اجتمعت عمه و خاله فهما سواء]

الفرع الثالث قال: أى الشيخ أيضا إذا اجتمعت عمه و خاله فهما سواء مع زياده نصيب العمه على الخاله، و هذا مما يدل على اضطرابه فى المسأله، اللهم إلا أن يكون منشؤه تعارض الترجيح بزياده النصيب مع التعليل فى خبر(۳)بنت حمزه بأن الخاله أم فيتساويان و يقرع بينهما حينئذ.

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸- الآيه ۷۵.

۲- ۲ هكذا فى النسخه الأصليه المبيضه الا أن الموجود فى المخطوطه بخط المصنف طاب ثراه «بترجيح» و هو الصحيح.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۴.

[الفرع الرابع قال إذا حصل جماعه متساوون فی الدرجه کالعمه و الخاله أقرع بینهم]

الفرع الرابع:

قال: إذا حصل جماعه متساوون فی الدرجه کالعمه و الخاله أقرع بینهم لأنه لاحظ للصبی فی الاشتراک بحضانته دفعه أو مهایأه و ما یشعر به قصه مریم (۱)و حیث یتعین أحد بالقرعه یستمر الاستحقاق إلی أن یموت أو یعرض عن حقه، فینتقل إلی غیره إن اتحد، و إلا افتقر إلی القرعه أیضا، کما هو واضح.

[من لواحق الحضانه ثلاث مسائل]

[المسأله الأولی إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غیرها فله نزعه منها و تسلیمه إلی الأجنبیه]

الأولی قد سمعت النص (۲)و الفتوی علی أنه إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غیرها سواء کانت أجره المثل أو أزید فضلا عن وجود المتبرعه فله نزعه منها و تسلیمه إلی الأجنبیه و لکن فی سقوط حضانه الأم حینئذ تردد ینشؤ من تبعیتها فی العاده له، بل العسر و الحرج زمانا و مکانا فی تفریقهما، و ظهور لفظ النزع فی الخبر(۳)و من کونهما حقین متغایرین لا یسقط أحدهما بالاخر، و من ذلک یعلم حینئذ حال العکس الذی لم أجد فیه خلافا و إن کان یمکن جریان التردد فیه.

و علی کل حال ف السقوط هنا أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره معلومیه أصاله أحقیه الوالد بولده المنسوب إلیه إلا أنه خرج عنها الحضانه التابعه للرضاع لأنها المتیقنه من النص، فیبقی غیرها علی الأصل.

۱- ۱ سوره آل عمران: ۳- الآیه ۴۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۱- من أبواب أحکام الأولاد الحدیث ۱.

[المسأله الثانیه إذا بلغ الولد رشیدا سقطت ولایه الأبوین عنه]

المسأله الثانیه لا خلاف فی أنه إذا بلغ الولد رشیدا سقطت ولایه الأبوین عنه للأصل و کان الخیار إلیه فی الانضمام إلی من شاء منهما أو من غیرهما، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه.

[المسأله الثالثه إذا تزوجت سقطت حضانتها فإن طلقها رجعیه فالحکم باق]

المسأله الثالثه قد عرفت الحال فی أنه إذا تزوجت سقطت حضانتها فإن طلقها رجعیه فالحکم باق مع احتمال العدم، و إن بانت منه ثم رجعت إلیه قیل و القائل ابن إدریس لم ترجع حضانتها، و الوجه عند المصنف و جماعه الرجوع فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[النظر الخامس فی النفقات]

اشاره

النظر الخامس فی النفقات فنقول: من المعلوم أنه لا- تجب النفقه (۱۱) من حیث کونها نفقه لا- من حیث توقف حفظ النفس المحترمه إلا بأحد أسباب ثلاثه: الزوجیه و القرابه و الملک (۱۲) بإجماع الأمه کما عن جماعه الاعتراف به،

[القول فی نفقه الزوجه]

اشاره

و القول (۱۳) الآن فی نفقه الزوجه (۱۴) المدلول علیها مضافا إلی ما عرفت بالکتاب و السنه المتواتره «ذلِکَ

أَدْنى أَلَّا تَعُولُوا»(۱)و «عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»(۲)و «لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتاهُ اللَّهُ»(۳)و «عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»(۴)«الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّساءِ بِما فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلى بَعْضٍ وَ بِما أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ»(۵)«فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ»(۶)و

قال الصادق عليه السلام (۷)فی قوله تعالی «وَ مَنْ قُدِرَ» إلی آخره: «إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه، و إلا فرق بينهما»

و الباقر عليه السلام فی خبر أبی بصير(۸)«من كانت عنده امرأه فلم يكسها ما يواری عورتها و لم يطعمها ما يقيم صلبها كان حقا علی الامام أن يفرق بينهما»

و سئل أبو عبد الله عليه السلام (۹)«عن حق المرأه علی زوجها قال:

يشبع بطنها، و يكسو جنبها، و إذا جهلت غفر لها».

و فی

خبر عنبسه(۱۰)عنه عليه السلام أيضا «إذا كساها ما يواری عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها، أقامت معه، و إلا طلقها»

إلی غير ذلك من النصوص (۱۱)التی هی فوق حد التواتر، و منها ما

روی (۱۲)«أن هند امرأه أبی سفيان جاءت إلی رسول الله صلی الله عليه و آله و سلم فقالت: إن أبا سفيان شحيح لا يعطينی ما يكفينی و ولدی إلا ما آخذ منه سرا و هو لا يعلم، فهل علی من ذلك شی ء؟ فقال: خذی ما يكفيك و ولدك بالمعروف».

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۳.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۳.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵ الآيه ۷.

۴- ۴ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۹.

۵- ۵ سوره النساء: ۴- الآيه ۳۴.

۶- ۶ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۹.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحديث ۱.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحديث ۲.

۹- ۹ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحديث ۳.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحديث ۴.

۱۱- ۱۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات.

١٢- ١٢ كنز العمال ج ٨ ص ٣٠٣- الرقم ٥١٧١.

إنما الكلام فی الشرط و قدر النفقه و اللواحق، و

[أما الشرط]

اشاره

أما الشرط المتفق علیه ف اثنان

[الأول أن یکون العقد دائما]

الأول: أن یکون العقد دائما فلا نفقه لذات العقد المنقطع إجماعا بقسمیه، کما عرفته فیما تقدم.

[الثانی التمکین الکامل]

اشاره

و الثـانی: التمکین الکامـل، و هـو التخلیه بینهـا و بینه علی وجه به یتحقق عـدم نشوزهـا الـذی لاـ خلاـف فی اعتبـاره فی وجوب الإنفـاق، بـل الإجمـاع بقسـمیه علیه فمتی مکنته علی الوجه المزبور بحیث لا تخص موضـعا و لا وقتا مما یحل له الاستمتاع بهما وجب علیه الإنفاق و إلا فلا.

فلو بذلت نفسـها فی زمان دون زمان أو فی مکان دون آخر مما یسوغ فیه الاستمتاع لم یحصل له التمکین و لم تجب علیه النفقه قطعا لتحقق نشوزها حینئذ بذلک، بل لو مکنته قبلا و منعت غیره من الدبر أو سائر الاسـتمتاعات لا لعذر سقطت نفقتها أجمع فی أقوی الوجوه، بـل فی المسالـک «أنه یمکن أن یکون المراد بالمکـان فی المتن مـا یعم البـدن کالقبل و غیره» و إن کان هو کما تری، نعم قد تقدم قوه سقوط نفقتها أجمع بذلک و احتمال التبعیض و عدم السقوط.

و علی کـل حـال ففی المتن بعـد مـا عرفت و فی وجوب النفقه بالعقـد أو بالتمکین تردد، أظهره بین الأصـحاب وقوف الوجوب علی التمکین و فی القواعـد «الأـول فی الشـرط: إنمـا تجب النفقه بالعقـد الـدائم مع التمکین التـام. فلاـ تجب بـالمتعه و لاـ لغیر الممکنه من نفسـها کل وقت فی أی موضع أراد، فلو مکنت قبلا و منعت غیره سقطت نفقتها، و کذا لو مکنته لیلا أو نهارا أو فی مکان دون آخر مما یجوز فیه الاسـتمتاع، و هل تجب النفقه بالعقـد بشـرط عدم النشوز أو بالتمکین؟ فیه إشـکال» و ظاهرهما أو صریحهما بعـد التأمل الجید فی کلامهما أنه لا کلام فی اعتبار التمکین الذی هو ضد النشوز، و لا یتحقق عدمه إلا به فی وجوب الإنفـاق، و لـذا فرعوا علیه ما یقتضـی النشوز، و إنما الکلام فی اعتبار غیره فیه، و لعله إلی ذلک أومأ فی المسالک، فإنه بعـد أن

ذكر كلام المصنف الأول قال: «فان جعلنا التمكين شرطا فظاهر، و إن جعلنا النشوز مانعا كان ملحوظا فى تحقق معناه، فلذا بدأ به قبل تحقق محل

الخلاف- ثم قال أيضا فى شرح تردد المصنف: لا ريب فى أن للنفقه تعلقا بالعقد و التمكين جميعا، فإنها لا تجب قبل العقد و تسقط بالنشوز بعده، و اختلف فى أنها بم تجب؟

فقيل بالعقد كالمهر- إلى أن قال-: و قيل: لا يجب بالعقد مجردا بل بالتمكين» إذ لو لم يرجع حاصله إلى ما ذكرناه كان بلا حاصل.

و كيف كان فغايه ما ذكروه دليلا لذلك أن اشتراط هذا الشرط معروف بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعا، مع أنا لم نقف على مخالف فيه صريحا و لا ظاهرا إلا ما ربما يستفاد من تردد المصنف و استشكال الفاضل فى القواعد، و هو بمجرده لا يوجب المخالفه، مع تصريح الأول بأن اعتباره هو الأظهر بين الأصحاب بكلمه الجمع المفيد للعموم الظاهر فى الإجماع، و نحوه شيخنا الشهيد فى المسالك، و أظهر من كلامه ثم كلامه فى الروضه، فاختار المصير إلى اعتباره بعد المناقشه فى دليله معتذرا بعدم ظهور مخالف فيه، و جعله وسيله لاختياره، و هو ينادى باجماعيته، فان دأبه عدم جعل الشهره بل و لا عدم ظهور الخلاف بمجرده دليلا و إن وجد له من الأخبار الغير الصحيحه شاهدا فحكمه ثم بالمصير لأجله قرينه واضحه على بلوغه حد الإجماع و درجته، و هو الحجه فيه بعد الأصل المؤيد بل المعتضد بظاهر الأمر بالمعاشره بالمعروف (۱)الظاهر فى اختصاص الأمر بالإنفاق بما تقتضيه العاده، و ليس من مقتضياتها الوجوب إلا بعد التمكين كما هو المشاهد من أهلها، فإنهم ينكحون و يتزوجون من غير إنفاق إلى الزفاف مع عدم اختلاف من الزوجات و أهلهن فيه مع الأزواج المستمرين، و ربما يؤخذ ذلك من المسلمين إجماعا، و يجعل مثله وفاقا و ربما يحلق بالضروره قطعا، و قد جعل هذا من فروع التمكين، و مع ثبوت حكمه يثبت غيره من الفروع جدا، لعدم القائل بالفرق أصلا فتأمل جيدا.

و ربما أيد اعتباره أيضا، بل قيل: إنه لا يبعد جعله دليلا ما

روى عن النبى

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۹.

صلی الله علیه و آله و سلم (۱)«إنه تزوج ثم دخل بعد سنین و لم ینفق».

کـل ذلـک مضافا إلی مـا قیـل أیضـا من أن العقـد یوجب المهر عوضا، فلا یوجب عوضا آخر، و أن النفقه مجهوله، و العقـد لا یوجب مالا مجهولا.

و ما

روی عنه صلی الله علیه و آله و سلم (۲)من قوله: «و اتقوا الله فی النساء، فإنهن عواری عندکم اتخذتموهن بأمانه الله، و استحللتم فروجهن بکلمه الله، و لهن علیکم رزقهن و کسوتهن بالمعروف»

فإنه صلی الله علیه و آله و سلم أوجب لهن من الرزق و الکسوه إذا کن عندهم.

لکن الجمیع کما تری، ضـروره عـدم عـد ذلک من الإجماع المحکی الـذی قام الـدلیل علی حجیته، کضـروره عدم ظهور الأمر بالمعاشره بالمعروف فی اشتراط التمکین، و عدم الإنفاق إلا بعده بعد تسلیمها أجنبیه عن الدلاله علی الاشتراط، بل دعوی اتخاذ ذلک إجماعا أو ضـروره من غرائب الکلام، و ما کنا نرجو وقوع هـذا الکلام من مثله، کعـدم الإنفاق الصادر من النبی صـلی الله علیـه و آلـه و سـلم مع عـدم علمنـا بکیفیه عـدم صـدوره منه، و لیست النفقه من الأعواض الـواجبه بالعقـد، بـل و لا من المـال المجهول، و إنما العقد أفاد کونها زوجه له، و الشارع أثبت النفقه للزوجه، نحو شـراء الدابه و العبد المملوک، و الخبر المزبور لا دلاله فیه علی اشتراط النفقه بکونهن عندکم، بل قد یقال: إن إطلاقه دلیل علی العدم.

و من هنا قد اعترف فی کشف اللثام بضعف هذه الأدله غیر الأصل، قال:

«و هو یکفینـا، فإن أدله الوجوب مجمله، فنقتصـر علی مـدلولها علی موضع الیقین» و تبعه علی دعوی الإجمال فی الریاض، لکن فی المسالک بعـد أن أفسد جمیع ما ذکر دلیلا له قال: «و أما أصاله البراءه فإنما تکون حجه مع عدم دلیل ناقل عنه، لکنه موجود بالعمومـات الـداله علی وجوب نفقه الأـزواج، و الأصـل عـدم التخصـیص» و مراده علی الظاهر إطلاق الکتاب و السنه الـذی قد سمعته، و هو حجه کالعموم، و دعوی

۱- ۱ سنن النسائی- ج ۶ ص ۱۳۱.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۷ ص ۳۰۴.

الاجمال واضحه الفساد، و من هنا جزم المحدث البحرانى باختيار القول الثانى الذى لا يخفى عليك دليله بعد ما ذكرنا.

لكن قد يقال: إن ظاهر

النصوص المشتمله على بيان حق الزوج على الامرأه- و أن منه «أن تطيعه و لو كانت على ظهر قتب(۱)

و «أن تلبس أحسن ثيابها، و تتطيب بأحسن طيبها، و تعرض نفسها عليه كل غدوه و عشيه(۲)

و «أن لا تخرج من بيته بغير إذنه»(۳)

و غير ذلك مما اشتملت عليه النصوص التى هى و إن كانت خاليه عن ذكر اعتبار ذلك فى النفقه، إلا أنه قد يستفاد ذلك مما دل (۴)على سقوط نفقتها بخروجها من بيته بغير إذنه و نشوزها الذى هو مخالفه ما تضمنته النصوص الأولى المشتمله على بيان حقه عليها- كون النشوز مسقطا باعتبار تفويته الشرط الذى هو وجوب طاعتها و عرضها نفسها عليه، و عدم خروجها من بيته بغير إذنه، لا أنه مانع لوجوب النفقه الذى كان سبب وجوبها العقد مجردا، كما هو واضح بأدنى التفات، بل ربما يشم من قوله تعالى (۵)«الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّساءِ» ما يشبه معاوضه الاستمتاع بالإنفاق على نحو ما ورد(۶)من الإنفاق على الدابه عوض ما يستوفيه من منافع ظهرها، كما أنه يشم من نصوص (۷)بيان حق كل منهما على الأخر مقابله كل منهما لصاحبه.

نعم الإنصاف أن هذا المعنى المستفاد من النصوص المزبوره ليس هو اعتبار مطلق التمكين الذى فرعوا عليه الفروع المتجه بناء عليه سقوط النفقه لمن لم تمكن من ذلك و لو لعذر شرعى، ضروره عدم مدخليه العذر شرعا فى صدق انتفائه المقتضى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب النفقات.

۵- ۵ سوره النساء: ۴- الآيه ۳۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب الرهن الحديث ۲.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۷۹ و ۸۸- من أبواب مقدمات النكاح و الباب- ۱- من أبواب النفقات الحديث ۷ و الباب- ۶- منها الحديث ۲.

لانتفاء مشروطه و إن كان لا إثم عليها به، لأن الفرض معذوريتها شرعا، فالمتجه حينئذ اعتبار الطاعه التى يكون عدمها نشوزا فى وجوب الإنفاق، و هو لا يكاد ينفك عن عدم النشوز، فلا يتجه الفرق بين القول بكون التمكين شرطا و بين القول بكون النشوز مانعا بعد فرض إراده ما ذكرناه من التمكين على الوجه المزبور الذى مرجعه إلى اتحاد مصداق المراد من مفهوم التمكين و عدم النشوز بالنسبه إلى وجوب الإنفاق، فاتفاق صدق عدم النشوز فى بعض الأفراد التى لا يتحقق فيها مصداق التمكين غير قادح بعد فرض عدم الاكتفاء بمثله فى الإنفاق كما فى الصغيره، كما أنه لا يقدح عدم صدق التمكين فى بعض الأفراد التى لا نشوز فيها باعتبار العذر شرعا أو عقلا المانع عن الاستمتاع فى وجوب الإنفاق الذى فرضنا كفايه صدق عدم التقصير من الامرأه فيما وجب عليها من حقوق الزوج فيه و الفرض تحققه.

و كيف كان فما عن التحرير- من أنه لا بد من قول: «سلمت إليك نفسى فى كل زمان و مكان شئت» فى التمكين التام الذى هو شرط النفقه، و فى كشف اللثام لأنه لا يتحقق بدونه إلا أن يكتفى بالتمكين مره مع الوثوق، أو بالوثوق و إن لم يحصل التمكين و إن بعد الفرض- واضح الفساد، و كأنه أومأ إليه فى المسالك حيث قال: «اعلم أن الظاهر من كلام المصنف و غيره بل صرح به بعضهم أن التمكين لا يكفى حصوله بالفعل، بل لا بد من لفظ يدل عليه من قبل المرأه، بأن تقول: «سلمت نفسى إليك حيث شئت أو أى زمان شئت» و نحو ذلك، فلو استمرت ساكته أو مكنته من نفسها بالفعل لم يكف فى وجوب النفقه، و لا يخلو ذلك من إشكال».

قلت: بل واضح المنع، ضروره عدم دليل عليه، و عدم توقف صدق الطاعه و الانقياد عرفا عليه، و عرض نفسها عليه كل غدوه و عشيه لا يقتضى ذلك قطعا.

(و بالجمله) من لاحظ مجموع كلماتهم فى هذا المقام و فيما يأتى- من إيجابهم النفقه للمعذوره عقلا أو شرعا فى عدم التمكين الذى يقتضى اعتباره شرطا فيها انتفاؤها بانتفائه و لو لعذر، ضروره عدم مدخليه الحكم التكليفى فى الحكم

الوضعی- یعلم أنها لا تخلو من تشویش و اضطراب و أن جمله منها لا ترجع إلی حاصل، ضروره عدم دلیل بالخصوص علی استثناء ذلک من اعتبار التمکین، و أنه لا- محیص علی القول بالاکتفاء فی عدم التقصیر فیما یجب علیها من حقوق الزوج فی وجوب الإنفاق، و ذلک إنما یکون بتمکینها من نفسها و تخلیه بینها و بینه مع عدم المانع شرعا أو عقلا، و ربما یأتی لذلک مزید تحقیق.

و کیف کان فقد ذکروا أنه من ثمرات الخلاف ما لو تنازعا فی النشوز و عدمه، فان علیه بینه النشوز علی القول بکونه مانعا، لأن الأصل معها، و هو وجوب النفقه و انتفاء المانع، و علی القول الأخر علیها إقامه البینه علی التمکین، لأن الأصل معه.

و قد یناقش فی الأول بأن المانع یکفی فیه الأصل مع فرض کون عدمه علی مقتضاه بلا معارضه شی ء آخر، أما فی المقام فقد یقال بمعارضه أصاله عدم طاعتها و عدم وصول حقه إلیه، و الفرض انحصار الدعوی بینهما بالطاعه و النشوز علی وجه یکون غیر الناشزه و غیر الطائعه معلوم خروجهما عن دعواهما و مقطوع بعدمهما.

کما أنه قد یناقش فی الثانی فی الاکتفاء فی ثبوته بسبق حصوله مع فرضه، أو أصاله عدم تقصیر المسلم بما یجب علیه من تکلیف، علی أن أصاله عدم حصول ذلک منها لا یکفی فی سقوط النفقه عند القائلین باعتبار التمکین، لما تسمعه من ثبوتها عندهم لغیر الممکنه لعذر شرعی أو عقلی کالمریضه و المسافره فی واجب مضیق و نحوه، فعدم تمکنها مع فرض کونه مقتضی الأصل لا یقتضی سقوط نفقتها إلا إذا کان علی جهه النشوز، و أیضا إقامه البینه علی ذلک فی اللیل و النهار مما یتعذر أو یتعسر، فیؤدی تکلیفها بها إلی سقوط هذا الحق.

و التحقیق أنه لیس فی شی ء مما ذکرناه و ذکروه من أدله التمکین ما یقتضی اعتباره شرطا علی وجه تتفرع علیه الفروع التی ذکروها المعلوم توقفها علی دلیل یدل علی شرطیته بقول مطلق، و أقصی ما یستفاد من نصوص (۱)الطاعه و حقیقه الزوج

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۹ و ۹۱- من أبواب مقدمات النکاح.

أنه لا نفقه لها مع انتفاء الطاعه الذى يتحقق بنشوزها و تقصيرها فى تأديه حقه.

كما أن الانصاف عدم إجمال فيما دل على وجوب الإنفاق على الزوج من الكتاب (۱)و السنه(۲)و معاقد الإجماعات و من الغريب دعوى ذلك مما سمعته من كشف اللثام و فاضل الرياض و المحكى عن سيد المدارك، مع أنهم لا مفر لهم عن التمسك بها فى فاقده التمكن لعذر شرعى أو عقلى، فالمتجه حينئذ فى مثل الفرض عدم الحكم بالنفقه، للشك فى حصول الطاعه، لا لأن التمكن شرط و لم يتحقق، فإنك قد عرفت أنه لا دليل على شرطيته كما هو واضح بأدنى تأمل و انصاف.

و بذلك يظهر لک الفرق بين قولنا و القول بأن النشوز مانع، كما أنه يظهر لک فيما يأتى من الفروع الفرق بينه و بين القول بأن التمكين شرط، فالمختار حينئذ واسطه بين القولين.

و على كل حال منه يظهر لک الحال أيضا فيما فى المتن و غيره من أنه

[من فروع التمكين أن لا تكون صغيره يحرم وطء مثلها]

من فروع التمكين أن لا تكون صغيره يحرم وطء مثلها سواء كان زوجها صغيرا أو كبيرا و لو أمكن الاستمتاع منها بما دون الوطء لأنه استمتاع نادر لا يرغب إليه فى الغالب فلا نفقه لها حينئذ، من غير فرق بين تصريحها ببذل نفسها و تصريح وليها و عدمه، و لا بين صغر الزوج و كبره، لصدق انتفاء التمكين الكامل المفروض شرطيته أو كونه جزء السبب.

و فى كشف اللثام «و لا يفيد تمكينها مع حرمته أو عدمها بأن كان الزوج صغيرا و لا يحرم عليه، فإنه تمكين غير مقصود شرعا و الفرق بينها و بين الحائض أن الحائض أهل للاستمتاع بالذات، و إنما المانع أمر طارئ بخلافها، فإنها ليست أهلا للتمكين، لصغرها و نقصها، و لا عبره بتسليم الولى، لأنها ليست مالا بخلاف الحائض، فإنها مسلمه لنفسها تسليما معتبرا لكمالها، و الإجماع على استثناء زمن

۱- ۱ تقدمت الايات الداله على ذلک فى ص ۳۰۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات.

الحيض و نحوه، فـالتمكين التـام فى الشـرع هو التمكين فى غير هـذه الأـحوال، بخلاف حال صـغرها، فان اسـتثناءه غير معلوم، و الأصل البراءه من النفقه».

و فى المسالـك «أنه لاـ يتحقق التمكين من الصـغيره سواء مكنت منه أم لاـ لتحريم وطئها شـرعا، و عـدم قبولها لـذلك، و بهـذا يفرق بينها و بين الحائض، على أن الاسـتمتاع بالحائض ممكن حتى بالوطء على بعض الوجوه، بخلاف الصـغيره، فلا يجب على الزوج الإنفاق عليها و لا على وليه لو كان صـغيرا، لفقد الشـرط، و المعتبر فى الصـغير هنا من لا يصلح للجماع و لا يتأتى منه و لا يلتـذ به، و بالكبير من يتأتى منه ذلک، لا ما يتعلق بالتكليف و عدمه، فالمراهق كبير هنا، و محل الكلام فيما إذا عرضت الصـغيره نفسها أو وليها، أما بدونه فلا مجال للبحث كالكبيره، إلا إذا جعلنا الموجب العقد وحده».

قلت: هذا أقصى ما ذكروه فى المقام، و فيه منع عدم صدق اسم التمكين منها مع فرض بذلك نفسها نحو الكبيره، و حرمه وطئها لا مدخليه لها فى صدق اسم التمكين منها المتحقق عند المصـنف برفع المانع من جهتها كما تسـمعه، و خصوصا فى المراهقه مع كبر الزوج أو كونه مراهقـا على ما هو مقتضـى إطلاق المتن و غيره الصـغير المعلوم إراده ما قبل البلوغ منه على وجه ينـدرج فيه المراهق، و مـا سـمعته من ثانى الشـهيدين فى تفسـيره مجرد اقتراح لا شاهـد له من كلماتهم، و كأن الـذى دعاه إلى ذلک أنه لا وجه لعدم كونه تمكينا من المراهقه.

كل ذلک مضافا إلى ما سـمعته من عدم دليل على شـرطيه التمكين بحيث يتفرع عليها ذلک، و لعله لذا قال ابن إدريس بوجوب النفقه لهـا إلاـ إذا كـان الزوج صـغيرا، مع قوله بكون التمكن شـرطا على مـا حكى عنه، و ربما كان وجهه أنه يخص اشتراطه فى ذات التمكين، أى الكبيره المطلوب منهـا ذلـک، بخلاف محل الفرض التى تبقى على إطلاق ما دل على النفقه، و أنها لا تسـقط إلا بالنشوز المعلوم عدمه هنا، نعم لو كان الزوج صـغيرا لم يكن لها نفقه، لعدم وجوب شـى ء عليه، و لا عبره بتسـلمه و لا تسـلم الولى فإن تسليم الزوجه منوط بالشهوه.

و بالجمله لا يخفى على من لاحظ كلماتهم فى المقام شده تشوشـها، و كأن السبب فى ذلك عدم تحقيقهم كيفيه اعتبار التمكن فى النفقه، و أنه على وجه يشـمل مثـل الفرض كى يتم لهم تفريعه أو لا، و قـد عرفت أن الانصـاف عـدم دليـل لاعتبـار اشتراط التمكين بحيث يترتب عليه عدم النفقه فى مثل الفرض، ضروره أن نصوص (۱)حقوق الزوج و نصوص (۲)النشوز و غيرها أجنبيه عنه، كما أن الانصاف الشك فى تناول إطلاقات النفقه له إن لم يدع ظهوره فى غيره، فالتمسك حينئذ بأصل البراءه من النفقه لا بأس به، و على كل حال فلا وجه لتفريعه على ذلك الأصل الذى قد عرفت حاله، و الله تعالى هو العالم، هذا كله فى الصغيره.

و أما لو كـانت كبيره و زوجهـا صـغيرا قـال الشـيخ فى المحكى من خلافه و مبسوطه لا نفقه لها و نحوه عن الجامع و المهـذب، للأصل مع انتفاء التمكين بانتفاء التمكن.

و لكن فى المتن فيه إشكال منشؤه تحقق التمكين من طرفها لأن المعتبر فى استحقاق العوض التسليم من صاحب العوض الأخر و إن لم يتسلمه صـاحبه الأول مع عموم أدله النفقه و من هنا كان الأشـبه عنـد المصـنف وفاقا للمحكى عن ابنى الجنيـد و إدريس وجوب الإنفاق و فيه منع تحقق التمكين بـدون التمكن، و لو سـلم على أن الثابت اشتراطه بذل نفسـها و عدم المانع من قبلها فقد يقال: إنه يشك فى شـمول الأدله لذلك، ضـروره ظهورها باعتبار أنها خطابات و تكاليف فى غير الصـغيره، و صـرفها إلى الولى مـدفوع بالأصل، بل قيل: إنه مسـتلزم إما حصـرها فيه أو اسـتعمالها فى متغايرين، و لذا كان قول الشـيخ هو المتجه كما اعترف به كشف اللثام و الرياض و محكى نهايه المرام، كما أن منه يعلم عدم الوجه فى تفريعه على اشتراط التمكين، لما عرفت من خروج هذا الموضوع عن المنساق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۹- من أبواب مقدمات النكاح.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۰ و ۹۱- من أبواب مقدمات النكاح و الباب- ۶- من أبواب النفقات.

من الأدله، فيبقى أصل البراءه سالما عن المعارض، نحو ما سمعته فى الصغيره، و الله العالم.

و لو كانت مريضه أو قرناء أو رتقاء لم تسقط النفقه بلا خلاف أجده فيه، بل و فى كل ما امتنع الاستمتاع فيه لعذر شرعى أو عقلى، ل للأصل و عموم أدله الإنفاق و إمكان الاستمتاع بما دون الوطء قبلا و ظهور العذر فيه فإسقاط النفقه حينئذ به من غير المعاشره بالمعروف، و لأنه إن لم تجب النفقه مع دوام عذرها لزم دوام الزوجيه بلا نفقه، و هو ضرر عظيم، و أيام المرض كأيام الحيض فى ظهور العذر و توقع الزوال و رضاه لما تزوج، فإن الإنسان لا ينفك عنه دائما، فاستثناؤها لا ينافى تماميه التمكين، خصوصا مع علمه و إقدامه على التزويج بمن يتعذر الاستمتاع بها بالوطء، فكأنه أسقط حقه من التمكين من الوطء و رضى بما عداه فهو التمكين التام فى حقه، إلى غير ذلك مما ذكروه فى المقام.

و فيما لو اتفق الزوج عظيم الإله و هى ضعيفه أو كانت ضئيله و هو غيل يضر وطؤه بها و إن لم يكن عظيم الإله بالنسبه إلى غيره من أنه إذا كان الحال كذلك منع من وطئها و لم تسقط النفقه و كانت كالرتقاء لما عرفت.

لكن لا يخفى على كل ناظر لكلماتهم هنا وضوح التجشم و التهجس عليها، و أنها لا ترجع إلى دليل شرعى، خصوصا بعد أن ذكروا أن الموجب لها هو التمكين من الوطء و لا عبره بغيره من الاستمتاعات، فإنها مقصوده بالتبع، و كل ذلك دخل عليهم من دعوى شرطيه التمكين المقتضيه انتفاء المشروط بانتفائه و لو لعذر عقلى أو شرعى، ضروره عدم مدخليه العذر فى ذلك بعد عدم الدليل عليه بالخصوص، و خصوصا من ادعى منهم إجمال الإطلاقات، أما على ما ذكرناه- من أن الثابت من شرطيته الطاعه فيما وجب عليها من حقوق الزوجيه الذى يكون انتفاؤه بالنشوز و ما عداه يكون داخلا تحت إطلاق الأدله الذى قد عرفت أنه لا إجمال فيه- فالأمر واضح، و الظاهر أنه هو المدرك لهذه الأحكام كلها، و هذا كله ناش من عدم التأمل فى تنقيح الشى ء على وجهه و جميع ما يتفرع عليه، بل يحفظ شيئا و يغيب عنه أشياء

و يبقى يتمحل و يتجشم فى الخروج عما ينافى ما سبق إلى بادئ النظر، و الله هو الحافظ و المؤيد و المسدد.

و من ذلک ما ذکره بعضهم فى المريضه من أنها معذوره فى الامتناع من التخليه إذا كان الوطء يضرها فى الحال أو فيما بعد، و لا يؤمن الرجل فى قوله لا أطؤها لكن قال: «فى وجوب النفقه حينئذ لها نظر، لامتناعها من سائر الاستمتاعات الممكنه- ثم قال-: نعم لا- يظهر خلاف فى استحقاق النفقه أيام المرض إذا تمكن من الاستمتاع بها بغير الوطء لقضاء العاده باستثنائها مع بقاء الائتلاف و الاستمتاع بسائر الوجوه».

قلت: بل العاده قاضيه بذلک و إن تعذر عليه سائر وجوه الاستمتاع، لكونها زوجه غير مقصره فيما وجب عليها من حقوق الزوج بعد فرض معذوريتها شرعا.

نعم لو أنكر التضرر بالوطء رجع إلى أهل الخبره من الرجال و النساء، نحو ما ذكروه فيما لو ادعت قرحه فى فرجها تمنع الوطء و نحوها من أنها تفتقر مع إنكاره إلى شهاده أربع من النساء، و لو فرضت شهاده رجلين بذلک فالظاهر الحكم بها، و إن تعذرت الشهاده أحلفته إن ادعت عليه العلم، و إن ادعت كبر آلته و ضعفها عنها أمر النساء بالنظر إليهما وقت إراده الجماع ليقض عليه و هو جائز للحاجه، و ربما اكتفى بواحده بناء على أنه من باب الإخبار، و لكن ضعفه واضح، فتأمل جيدا فى أصل المسأله، فإنه من مزال الأقدام، و قد مضى و يأتى له أيضا مزيد تحقيق.

و منه أيضا ما ذكروه فيما لو سافرت الزوجه بإذن الزوج فإنه لا خلاف بينهم فى أنه لو فعلت كذلک لم تسقط نفقتها سواء كانت فى واجب أو مندوب أو مباح متعلق به أو بها إلا- ما احتمل فى الأ-خير من سقوطها، إلا أن الذى استقر عندهم أجمع عدم الالتفات إلى هذا الاحتمال، و أنه لا فرق مع سفرها باذنه بين أن يكون لمصلحته أو مصلحتها، معللين ذلک بأن الإذن منه إسقاط لحقه، فيبقى حينئذ مقتضى حقها بحاله، و فيه أن المتجه- بناء على ما ذكروه من شرطيه التمكين- السقوط أيضا لصدق انتفائه، و الاذن إنما تفيد عدم نشوزها، لا تخلف

أثر الحكم الوضعى الذى لا مدخليه للإذن فيه.

و كذا الكلام فيما ذكروه أيضا فيما لو سافرت فى واجب مضيق بغير إذنه كالحج الواجب و نحوه من أنها تستحق النفقه، لكونها معذوره

و «لا طاعه لمخلوق فى معصيه الخالق»(۱)

نعم هو متجه بناء على المختار، ضروره عدم حق للزوج عليها مع الاذن أو تضييق الوجوب كى تكون مقصره فيه، فتبقى مندرجه فى إطلاق أدله الإنفاق.

أما لو سافرت بغير إذنه فى مندوب أو مباح سقطت نفقتها على كل حال بلا خلاف و لا إشكال، لأنه من حقه عليها أن لا يقع ذلك منها إلا بإذنه، بل الظاهر ذلك و إن لم يناف الاستمتاع لغيبه منه أو غيرها، بل هى من الناشزه لا نفقه لها، و قد سمعت التصريح فى النص (۲)بسقوط نفقتها بالخروج من بيته بغير إذنه و لو لغير سفر فضلا عما كان له كما هو واضح.

بل لا يبعد القول بسقوط نفقتها أيضا فى السفر بغير إذنه فى الواجب الموسع، لتضييق حقه، فلا يعارضه الموسع، و دعوى كون الواجب مستثنى بالأصل و تعينه منوط باختيارها شرعا و إلا لم يكن موسعا واضحه المنع، فما عساه يظهر من المتن بل هو المحكى عن بعضهم بل هو خيره ثانى الشهيدين من عدم اعتبار الاذن فيه كالمضيق لا يخلو من منع.

و من ذلك يعلم الحال فيما لو صلت أو صامت أو اعتكفت بإذنه أو فى واجب و إن لم يأذن مضيق أو مطلقا و أنه لم تسقط نفقتها لكن قد صرح هنا غير واحد بأنه لا خلاف فى عدم الفرق فى الصلاه الواجبه بين كون وقتها موسعا أو مضيقا فى جواز فعلها بدون إذنه، و عدم تأثيره فى سقوط النفقه، بخلاف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۹- من أبواب وجوب الحج الحديث ۷ و الفقيه ج ۴ ص ۲۷۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب النفقات الحديث ۱.

الصوم و نحوه، فان فی الموسع منه البحث السابق.

و کأن وجه الفرق ما قیل من أن الوقت لها بالأصاله بخلاف ما یثبت بالنذر و بأن الأمر بها فی قوله تعالی (۱)«أَقِمِ الصَّلاهَ لِدُلُوکِ الشَّمْسِ إِلی غَسَقِ» عـام فصـارت کالصوم المعین، و أن الصـلاه قیل بوجوبها فی أول الوقت الـذی هو رضوان الله تعالی بخلاف آخره الذی هو عفو الله (۲)و أن زمان الصلاه یسیر لا یستوعب الیوم بخلاف الصوم، إلا أن الجمیع کما تری.

نعم یمکن القطع بالسـیره المسـتمره و غیرها أنه لا تحتاج فی المبادره إلی ذلک إلی الاذن، أما مع فرض طلب الاستمتاع منها فی أول الوقت فالظاهر وجوب طاعتها له، لعـدم معارضه الموسع للمضـیق، اللهم إلا أن یکون إجماعا و لم أتحققه، بل الظن أن مراد مدعیه الصوره التی ذکرناها، و کفی بها فرقا بینها و بین غیرها من الواجب الموسع المحتاج إلی سفر مثلا کالحج و نحوه، فإنه لا یجوز لها المبادره له إلا مع الاذن.

و کـذا لـک لا تسـقط نفقتها لو بادرت إلی شـی ء من ذلک و نحوه نـدبا من دون إذنه، بل و مع نهیه إذا فرض عـدم منافاته لما یریـده منهـا من الاسـتمتاع و لو لأـن له فسـخه فلو صـامت حینئـذ نـدبا بـدون إذنه أو مع نهیه لم تسـقط نفقتها، لأنه غیر مانع من التمکین، نعم لو طلب الاسـتمتاع فمنعته سـقطت لذلک لا لأجل العباده، خلافا للمحکی عن مبسوط الشیخ من السقوط بذلک و أنهـا تکون ناشـزا إذا طلب منها الإفطار و امتنعت، و یمکن إرادته طلب الاسـتمتاع بها المقتضـی للإفطار فامتنعت، و إلا فلا ریب فی أن مخالفتها بترک الأکل و الشـرب من حیث کونهما کـذلک لا یعد نشوزا، لأنه لا یجب علیها طاعته فیهما، و الوطء یمکن بدونهما.

۱- ۱ سوره الإسراء: ۱۷- الآیه ۷۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب المواقیت الحدیث ۱۶ من کتاب الصلاه.

و ما يقال-: من أن الصوم عباره عن توطين النفس على ترك المفطرات التى من جملتها الوطء، و هو مستلزم لعزمها على منع الزوج عن الوطء الذى هو عين النشوز- يدفعه (أولا) أنه مناف لدعوى الشيخ التى هى تعليق نشوز بالامتناع من الإفطار الذى طلبه منها، و هو يقتضى تحقق النشوز بمجرد نيه الصوم أو بدخول أول النهار و إن لم يطالب. و (ثانيا) ما فى المسالك من أن نيه النشوز ليست نشوزا، إذ هو الخروج عن الطاعه و منعه من الاستمتاع و الخروج بغير إذنه أو نحو ذلك، لا نيته حتى لو نوت أن تخرج عن طاعته و لم تفعل لم يكن نشوزا، و إن كان قد يناقش فيه بأنه لو سلم عدم كونه نشوزا لكنه للتمكين الذى هو عباره عن التصريح بالبذل فى أى مكان و أى زمان مع عدم ظهور مناف منها له، و هو الشرط فى وجوب النفقه.

فالأولى فى دفعه أن يقال: إنه لا تلازم بين نيه الصوم و بين بقائها على التمكين بمعنى أنها عازمه عليه ما لم يحصل المنافى له، لا أنه يستلزم العزم على عصيان الزوج لو أراد الاستمتاع منها، لا بما سمعت، و لا بما قيل من أن منع الصوم مستلزم للدور من حيث إن كونه مانعا يستلزم صحه المستلزم، لكونه عذرا فلا يسقط به النفقه، و لا يكون مانعا، بل يلزم من إسقاطه لها عدم إسقاطه، ضروره أن مدعى إسقاطه للنفقه لا يتوقف على إثبات كونه مانعا، لأن النشوز يتحقق بحصول الامتناع من جهه المرأه و إن قدر الزوج على قهرها عليه، و الشيخ بناء على أن مراده ما عرفت قائل بأن الصوم ندبا نشوز من جانب المرأه من حيث امتناعها منه و إعراضها عنه بما ليس بواجب و إن قدر الزوج معه على الاستمتاع المقتضى لفساده.

و مما ذكرنا ظهر لك أن المراد بقول المصنف و لو استمرت مخالفه تحقق النشوز و سقطت النفقه لاستمرارها على الامتناع من تمكينها نفسها، لا أن المراد بقاؤها على إظهار العزم على الصوم و ترك الأكل و الشرب و نحو ذلك، و إلا كان فيه ما عرفت، و الله العالم.

و تثبت النفقه للمطلقه الرجعيه كما تثبت للزوجه بلا خلاف، بل الإجماع

بقسميه عليه، مضافا إلى

قول أبى جعفر عليه السلام فى خبر زراره(۱)«إن المطلقه ثلاثا ليس لها نفقه على زوجها، إنما ذلك للتى لزوجها عليها رجعه»

و صحيح سعد بن أبى خلف (۲)«سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شى ء من الطلاق، فقال: إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها، و ملكت نفسها، و لا سبيل له عليها، و تعتد حيث شاءت، و لا نفقه لها، قال: قلت: أ ليس الله يقول:

لاـ تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لاـ يَخْرُجْنَ (۳)قال: فقال: انما عنى بذلك التى تطلق تطليقه بعد تطليقه فتلك التى لا تخرج و لا تخرج حتى تطلق الثالثه، فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه، و لا نفقه لها، و المرأه التى يطلقها الرجل تطليقه ثم يدعها حتى يحل أجلها فهذه أيضا تعتد فى منزل زوجها، و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها»

و إطلاق

خبر على بن جعفر(۴)عن أخيه موسى عليه السلام المروى عن قرب الاسناد «سألته عن المطلقه أ لها نفقه على زوجها حتى تنقضى عدتها؟ قال: نعم»

المنزل على ذلك.

نعم قد استثنى بعضهم منها آله التنظيف، لعدم انتفاع الزوج بها، مع أن المحكى عن آخر عدمه فلعل الله يحدث بعد ذلك أمرا، بل فى الحدائق هو المؤيد بالأخبار الكثيره

، كالموثق (۵)عن أحدهما عليهما السلام «فى المطلقه تعتد فى بيتها و تظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا»

و خبر محمد بن قيس (۶)عن أبى جعفر عليه السلام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۱.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۱۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب العدد الحديث ۱ من كتاب الطلاق فى النسخه الموجوده عندى عن أبى عبد الله عليه السلام الا أن الموجود فى الكافى ج ۶ ص ۹۱ و التهذيب ج ۸ ص ۱۳۱ عن أحدهما عليهما السلام.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب العدد الحديث ۴ و فيه «تسوق لزوجها» و فى الكافى ج ۶ ص ۹۱ «تشوفت لزوجها».

«المطلقه تشوق زوجها ما كان له عليها رجعه، و لا يستأذن عليها»

و خبر زراره(۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «المطلقه تکتحل و تختضب و تلبس ما شاءت من الثیاب، فان الله تعالی یقول لَعَلَّ اللَّهَ یُحْدِثُ بَعْدَ ذلِکَ أَمْراً(۲)لعلها أن تقع فی نفسه فیراجعها»

و إن کان فیه أن ذلک کله لا یدل علی کون آله الزینه منه، و لعل الأولی الاستدلال علیها بالإطلاق السابق.

و فی القواعد «استثناء وطئها للشبهه فی العده- سواء حملت أولا- و تأخرت عده الزوج عن عدتها و قلنا لا رجوع له فی الحال، فلا تجب النفقه علی إشکال» و لعله من أنها إنما تجب للزوجه و من فی حکمها و هی من فی العده الرجعیه، لکونها بمنزله الزوجه الممکنه لأنه له الرجوع إلیها متی شاء و الأمران منتفیان، و من بقاء حکم الزوجیه و إن امتنع الرجوع الآن لمانع، کما تجب النفقه علی الزوجه الصائمه و المحرمه مع امتناع الاستمتاع بها، و إطلاق النص، و فی کشف اللثام «هذا إذا کانت الشبهه منها أو من الواطئ أیضا، و إن اختصت بالواطی فالأظهر عدم النفقه فإنها التی سببت لامتناع الرجوع، فهی کالناشز».

قلت: لو فرض توبتها عن ذلک کانت کغیرها، بل قد یمنع صدق النشوز بذلک، اللهم إلا أن یدعی أولویته منه فی إسقاطه النفقه و الظاهر بناء الحکم فی هذه المسأله علی الحکم فی الزوجه إذا وطئت شبهه، فإنه لا فرق بینهما، لکن فی القواعد الإشکال فی نفقتها أیضا، قال: «و المعتده عن (فی خ ل) شبهه إن کانت فی نکاح فلا نفقه لها علی الزوج علی إشکال» و لعله من انتفاء التمکین، و من العذر کالمریضه و ربما فرق بینهما بوجود النص (۳)علی الإنفاق فی المطلقه بخلاف الباقیه فی النکاح، إلا أنه کما تری، ضروره أولویتها منها بذلک، و الاتفاق علی الإنفاق علی الباقیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب العدد الحدیث ۲.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات.

فی النکاح، و هو إن لم یکن أقوی من النص فلا یقصر عنه، علی أن ما دل من الکتاب (۱)و السنه(۲)علی النفقه للزوجه کاف، و علی کل حال فالأقوی وجوب الإنفاق علیها مع عدم اختصاص الشبهه بالواطی، بل و معه أیضا فی وجه قوی.

ثم إنه لا فرق فی الرجعیه بین الحره و الأمه و الحائل و الحامل فی معاملتها معامله الزوجه فی ثبوت النفقه و سقوطها بما تسقط به، و تستمر إلی انقضاء العده بوضع الحمل أو غیره، و لو ظهر بها أمارات الحمل بعد الطلاق علی وجه تحصل به الطمأنینه عرفا فعلیه النفقه حینئذ إلی أن تضع أو یبین الحال، فإن أنفق ثم بان أنه لم یکن حمل فله استرداد المدفوع إلیها بعد انقضاء العده فی الأقوی و إن لم تکن مدلسه کما تسمع الکلام فیه إن شاء الله و تسأل حینئذ عن قدر الأقراء، فإن عینت قدرا صدقت بالیمین إن کذبها الزوج، و بلا یمین إن صدقها و إن قالت:

لا أعلم متی انقضت العده سئلت عن عاده طهرها و حیضها فان ذکرت عاده مضبوطه عمل علیها، و إن ذکرت أنها مختلفه أخذ بأقل عادتها، و رجع الزوج فیما زاد، لأنه المتیقن الذی لا تدعی زیاده علیه، و إن قالت نسیت عادتی ففی البناء علی أقل ما یمکن انقضاء العده به، لأصاله البراءه من الزائد أو علی ثلاثه أشهر بناء علی الغالب وجهان منشؤهما تعارض الأصلین المعتضدین بالظاهر و المتیقن.

و إن بانت حاملا و أتت به لمده یمکن أن یکون منه فالولد له و النفقه علیه إلی حین الوضع لأنها بحکم الزوجه، و إن أتت به لمده لا یمکن لحوقه به انتفی عنه بغیر لعان، و لا تنقضی عدتها به عنه، بل تکون بالأقراء، فإن نسبته إلی غیر الزوج و ادعت أنه وطأها بعد الأقراء استعید الفاضل، و إن قالت بعد قرءین فلها نفقتهما، و لا شی ء لها عن مده الحمل بناء علی ما سمعت، و علیها تتمه الاعتداد بالقرء الثالث بعد الوضع، و لها نفقته، و إن قالت عقیب الطلاق فعدتها بعد الوضع ثلاثه أقراء، و لا نفقه لها عن مده الحمل، و الله العالم.

۱- ۱ تقدمت الایات الداله علی ذلک فی ص ۳۰۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات.

و تسـقط نفقه البائن و سكناها سواء كان عن طلاق أو فسخ تبين به، كما إذا كان بردته عن فطره أو قبل الدخول أو بعيب فيها أو بنحو ذلـك، بلاـ خلاـف أجـده فى شـى ء منه، بـل الإجمـاع بقسـميه عليه، مضافـا إلى الأصل بعـد انقطاع الزوجيه، و إلى تظافر النصوص فى المطلقه ك

صحيح ابن سنان أو موثقه (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن المطلقه ثلاثا على السنه هل لها سكنى أو نفقه؟ قال:

لا»

و خبر أبى بصير(۲)عنه عليه السلام أيضا سأل «عن المطلقه ثلاثا إلها سكنى و نفقه؟

قال: حبلى هى؟ قلت: لا، قال: لا»

و موثق سماعه(۳)قلت: «المطلقه ثلاثا إلها سكنى أو نفقه؟ فقال: حبلى هى؟ قلت: لا، قال: ليس لها سكنى و لا نفقه»

على وجه لا يعارضها

صحيح ابن سنان (۴)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقه ثلاثا على العده لها سكنى أو نفقه؟ قال: نعم»

المحمول على الاستحباب أو كونها حاملا،

كالمروى عن قرب الاسناد(۵)عن «المطلقه إلها نفقه على زوجها حتى تنقضى عدتها؟ قال: نعم»

المحتمل زياده على ذلك التقييد بالرجعيه.

نعم لو كـانت المطلقه بائنا حاملا لزمه الإنفاق عليها حتى تضع، و كـذا السـكنى بلا خلاف أجـده فيه أيضا، بل الإجماع بقسـميه عليه، كالنص كتابا(۶)و سنه(۷)بل فى القواعـد ثبوتها للحامل البائنه بالفسـخ على إشـكال و إن كان الـذى يقوى عدمه، للأصـل السالم عن المعارض حتى إطلاق الآيه(۸)التى هى فى ذيل أحكام المطلقات، نعم لو قلنا بأن النفقه للحمل أمكن حينئذ وجوبها، بل فى القواعد الجزم به، بل ظاهر كشف اللثام نفى الاشكال عنه و إن كان فيه ما ستعرفه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۸.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات الحديث ۱۱.

۶- ۶ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۷- من أبواب النفقات.

۸- ۸ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

كما أن المتجه أيضا عدمها للفراق باللعان سواء كانت حائلا أو حاملا و كان اللعان لنفى الولد و فى كشف اللثام «و قلنا بكون النفقه للحمل و إلا ففيه الإشكال» قلت: قد عرفت ضعفه، نعم فى القواعد «لو أنفقت على الولد المنفى باللعان أى و لو متصلا إن قلنا بأن النفقه للحمل ثم كذب نفسه ففى رجوعها بالنفقه إشكال» و لعله من تسببه لحكم الحاكم عليها بالإنفاق، و كون اللعان شهاده بالايه(۱)و قد أوجبت النفقه عليها، و إذا كذب الشاهد نفسه رجع عليه بما غرم، لشهادته و نفى الضرر(۲)و هو خيره المحكى عن المبسوط، و من أن نفقه القريب لا تقضى، و ستعرف ما فيه و ما فى قوله فى القواعد أيضا من أن المعتده عن شبهه إن كانت خليه عن نكاح فلا نفقه لها على الواطئ إلا مع الحمل، فتثبت النفقه إن قلنا: إنها للحمل.

و على كل حال ف هل النفقه للحمل أو لامه؟ قال الشيخ ره فى المحكى عن مبسوطه، و تبعه عليه جماعه، بل فى الحدائق نسبته إلى الأكثر هى للحمل و عن ابن حمزه و جماعه هى للحامل و تظهر الفائده فى مسائل: (منها) فى الحر إذا تزوج بأمه و شرط عليه مولاها رق الولد و قلنا بصحته، فإنه لا نفقه عليه إذا أبانها حاملا لأن نفقه الرقيق على مولاه، بخلاف ما إذا قلنا النفقه للحامل فان المتجه حينئذ وجوبها عليه.

و (منها) فى العبد إذا تزوج أمه أو حره و شرط مولاه الانفراد برق الولد من الحره أو الأمه فأبانها حاملا إذ الولد حينئذ ملك للمولى، فالنفقه عليه، بل إن لم يشترط الرقيه فى ولد الحره لم تجب النفقه على الزوج أيضا، لأنه رقيق و لا نفقه عليه للقريب و لا على مولاه، و هو ظاهر كظهور اشتراك المؤمنين فى النفقه مع عدم اشتراط الانفراد بالولد من الأمه (و بالجمله) لا نفقه على الزوج الرقيق للحمل حرا كان أم رقا مشتركا أو مختصا، فذكر المصنف و غيره شرط الانفراد لعله لدفع ما قد يتوهم من أنه مع اشتراطه تكون نفقته عليه من كسبه كنفقه

۱- ۱ سوره النور: ۲۴- الآيه ۶ الى ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من كتاب احياء الموات.

زوجته، أما على القول بكون النفقه للحامل فالمتجه حينئذ وجوبها على مولى العبد أو فى كسبه على البحث السابق فى نفقه زوجته.

و (منها) فيما إذا لم ينفق عليها حتى مضت مده أو مجموع العده فلا قضاء عليه على الأول، لأن نفقه الأقارب لا تقضى بخلافه على الثانى، فإن نفقه الزوجه تقتضى، لا يقال: إن القضاء للزوجه من حيث كونها كذلك و الفرض انتفاؤها، لأنا نقول: إن المراد وجوبها لها على وجوبها للزوجه، و لعله لكون النفقه حقا ماليا، و الأصل فيه القضاء.

و (منها) فيما لو كانت ناشزا وقت الطلاق أو نشزت بعده، فان المتجه السقوط على الثانى، لما عرفت من كون نفقه المطلقه كالزوجه تثبت حيث تثبت، و تسقط حيث تسقط، بخلافه على الأول الذى لا مدخليه للنشوز و عدمه (فيه ظ).

و (منها) فيما لو ارتدت بعد الطلاق، فلا تسقط على الأول دون الثانى.

و (منها) صحه ضمان النفقه الماضيه على الثانى دون الأول.

و (منها) سقوطها بموت الزوج على الأول دون الثانى، فإن فيه قولين يأتيان.

و (منها) سقوطها بالإبراء بعد طلوع الفجر من نفقه اليوم على الثانى دون الأول.

و (منها) استرداد نفقه اليوم لو سلمها إليها إذا خرج الولد ميتا فى أوله على الأول دون الثانى مع احتماله أيضا.

و (منها) وجوب الفطره على الثانى، لأنها من عياله دون الأول، و ربما احتمل الوجوب على القولين، لكونها منفقا عليها حقيقه عليهما، إلى غير ذلك من الفوائد التى لا تخفى، و ستسمع بعضها.

إنما الكلام فى ترجيح أحد القولين اللذين قد استدل لأولهما بدوران النفقه معه وجودا و عدما، و لانتفاء الزوجيه التى هى أحد أسباب الإنفاق كالملك، فليس إلا القرابه، و بوجوبها له منفصلا فكذا متصلا، و بنص الأصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل، و لثانيهما بأنه لو كانت للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها، و لما كانت

نفقته مقـدره بحـال الزوج، لأـن نفقه الأقارب غير مقـدره بخلاف نفقه الزوجه، و بأنه لو كانت للحمل لوجبت على الجـد كما لو كان منفصلا، و لسقطت بيساره بإرث أو وصيه قد قبلها وليه، لكن عن الشيخ الالتزام بالأخيرين، و الجميع كما ترى.

و من هنـا قـال فى الريـاض: «إن اسـتند الجانبـان إلى اعتبارات واهيه ربما أشـكل التمسك بها فى إثبات الأحكام الشـرعيه، لكن بعضها المتعلق بأنها للحمل قوى معتضد بالشهره المحكيه، فالمصير إليه لا يخلو عن قوه» قلت:

بـل القوه فى القول الأخر، ضـروره ظهور الآيه(۱)فى الأـعم من الرجعيـات و البائنـات، و لاـ كلام فى أن نفقه الأولى نفقه زوجه، كما لا إشـكال فى ظهورها فى اتحاد النفقه فيهما، بل لعل هذا المعنى هو المسـتفاد من النصوص (۲)خصوصا المعبره بقول: «لها النفقه» الظـاهر فى ملكيتهـا لهـا، فضـلا عن إصافتهـا إليهـا، بـل لعل التأمل الصادق يشـهد بفساد كثير مما ذكروه من التفريع على القولين، ضـروره ابتنائه على كونه نفقه للحمل حقيقه حتى أنه أوجبه فى كل حمل حتى للحامل من وطء الشـبهه، بل قد سمعت ما ذكروه من يسار الحمل و إعساره و غير ذلك مما هو واضح الفساد.

نعم قـد يقال فى تصور هذا النزاع بعد الاتفاق منهم جميعا على كون النفقه على الحامل أكلا و كسوه و سـكنى و نحو ذلك مما كـان يجب للزوجه: إنه لمـا انعقـد الإجمـاع و تظافرت النصوص (۳)فى الإنفـاق على الحامـل المطلقه المعلوم كون ذلـك لأجل الحمـل- ضـروره انقطـاع حكم الزوجيه التى هى سـبب الإنفاق- حصل الشك فى أن حكم هـذه النفقه حكم نفقه الزوجه، على معنى أن وجود الحمـل يجعلهـا بحكمهـا كالرجعيه فى غيرها، فيجرى حينئـذ على نفقتها حكم نفقه الزوجه، أو أنه بسـبب انقطاع الزوجيه بينهما و كون الحمل عله فى الإنفاق يجعلها بحكم نفقه

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب النفقات.

القریب، فیجری علیها حینئذ حکمها، لا- أن المراد کونها نفقه للحمل حقیقه، و إن توهمه بعضهم، حتی أنه وجه ذلک باعتبار صیرورتها سببا لتعییش الحمل، فاطعامها و کسوتها و سکناها مقدمه له، فإن الإنفاق علیه إنما یکون بالإنفاق علی أمه و هو کما تری من المضحکات، و إنما المراد ما عرفت من الإنفاق علیها لا علیه و لکن الشک فی ذلک باعتبار ما سمعت، و لا ریب فی أن الأقوی کونها بحکم نفقه الزوجه، لکن لا علی حد السقوط بالنشوز و الارتداد و نحوهما مما علم کون السبب فی إسقاطها فوات التمکین و انقطاع الزوجیه المعلوم عدمهما فی المقام، بل علی حدها فی الکیفیه و القضاء و خطاب الزوج بها و نحو ذلک، کما أن المراد بکونها نفقه للحمل الإنفاق علیها لأجل الحمل، لا أن المراد نفقته علی وجه یلاحظ یساره و إعساره اللذین یمکن منعهما حال کونه حملا کما ستسمعه إنشاء الله تعالی فی المتوفی عنها زوجها.

و من هنا یظهر لک النظر فی کثیر من الفروع السابقه، بل و فی کثیر من الکلمات التی لا مدرک لها، خصوصا ما فی القواعد، و خصوصا ما فی تعدیه الحکم إلی الحمل فی الفسخ و فی وطء الشبهه بناء علی أن النفقه له و غیر ذلک مما لا یخفی فساده ضروره أن الحمل ممن لا- نفقه له أصلا، و لذا لم یجب فی المتوفی عنها زوجها فی الأشهر و فی غیر ذلک، فلا ریب فی أن النفقه للأم هنا، و لذا خص المصنف الحکم فی المطلقه بعد ذکره المفسوخه، لکن هل ثبوتها علی حد نفقه القرابه باعتبار کونها السبب فیها أو نفقه الزوجیه باعتبار کونها امرأته و فی عدته و مشغوله بما تحمل منه؟

وجهان، و لا یخلو الثانی منهما من قوه کما عرفت، و إن أبیت لکان المتجه ملاحظتها نفقه مستقله یثبت لها حکم کل منهما إذا کان موافقا للقواعد العامه، ضروره کون المتجه مراعاه الأصول و القواعد فی هذه النفقه بعد فرض عدم ظهور دلیل یقتضی مساواتها لنفقه الزوجه أو القرابه، کما هو واضح.

و أوضح منه أنه یلزم بناء علی أن النفقه للحمل نفسه حقیقه کما هو مقتضی بعض الکلمات وجوب نفقتین للمطلقه الرجعیه الحامل، بل الزوجه الحامل کذلک

أیضا، إذ لا فرق فی نفقه القریب بین المطلقه و غیرها، و لا أظن التزامهم به، هذا کله فی المطلقه.

و أما الحکم فی الحامل المتوفی عنها زوجها و هی حامل ففیه روایتان أشهر هما روایه و عملا أنه لا نفقه لها بل فی الریاض أنه حکی الشهره المطلقه علیه جماعه، قال الصادق علیه السلام فی

صحیح الحلبی أو حسنه (۱)«فی الحبلی المتوفی عنها زوجها أنه لا نفقه لها»

و فی حسن الکنانی (۲)«فی المرأه الحامل المتوفی عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا»

و فی

خبر زراره(۳)فی «المرأه المتوفی عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا»

و أحدهما علیهما السلام فی صحیح ابن مسلم (۴)بعد أن سئل عن المتوفی عنها زوجها، قال: «لا، ینفق علیها من مالها».

و الروایه الأخری ینفق علیها من نصیب ولدها و هی

قول الصادق علیه السلام فی خبر الکنانی (۵): «الحبلی المتوفی عنها زوجها ینفق علیها من مال ولدها الذی فی بطنها»

و ربما وصفت بالصحه، و لکن فیه أن فی سندها محمد بن الفضیل، و هو مشترک بین الثقه و الضعیف، نعم فی

صحیح ابن مسلم (۶)عن أحدهما علیهما السلام «المتوفی عنها زوجها ینفق علیها من ماله»

و فی

خبر السکونی (۷)عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام «نفقه الحامل المتوفی عنها زوجها من جمیع المال حتی تضع».

إلا أن الأول لا ذکر فیه للولد، بل و لا للحمل، و تقدیره مرجعا للضمیر بلا قرینه مخالف للضوابط، خصوصا مع ظهوره فی الزوج، فیوافق الخبر الثانی فی کونه من الشواذ التی لم یعمل بها أحد من الأصحاب، إذ المحکی عنهم الخلاف من الإسکافی و الصدوق و أبی الصلاح و ابنی البراج و حمزه قالوا بأن النفقه من نصیب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب النفقات الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب النفقات الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب النفقات الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من أبواب النفقات الحدیث ۶.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب النفقات الحديث ١.
٦- ٦ الوسائل الباب- ٩- من أبواب النفقات الحديث ٤.
٧- ٧ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب النفقات الحديث ٢.

الولـد، على أن المحكى فى الكافى أنه أورد الصـحيح الأول فى باب الرجل يطلق امرأته ثم يموت قبل أن تنقضـى عـدتها، و هو ظـاهر فى حمله الخبر على المطلقه قبـل الوفـاه و إن لم تكن حاملا، و هـو غير مـا نحن فيه، و ربمـا حمـل على اسـتحباب ذلك للورثه، كما أنه حمل خبر السـكونى عليه، أو على نصـيب الولـد فان له من جميع المال نصـيبا، أو لأن نصـيبه بعـد لم يتميز لعدم العلم بكونه ذكرا أو أنثى، أو على التقيه أو غير ذلك.

بـل لو لاـ الإجمـاع لأـمكن أن يقـال فى وجه العمـل بالنصوص الثلاثه: إن الحامل المتوفى عنها زوجها لا تسـقط نفقتها من جهه شغلهـا بالحمل، إلا أنها من مال الحمل مع انفصاله، لأولويته من غيره من الورثه بـذلك، و إلا فمن الجميع، ضـروره رجوع المال المعزول إليهم أجمع، فيصـدق حينئـذ أن نفقتهـا من جميع المال و من مال الزوج، فليس حينئـذ إلا الخبر الأول الـذى قـد عرفت سنده مع عدم الجابر له.

بل قد يقال: إن الحمل لا يكون له مال حتى يولد حيا كما أوضـحناه فى محله، بل عن تمهيد المفيد أنه أنكر ذلك أشد الإنكار، و قـال: إن الجنين و هو جنين لاـ يعرف له موت و لاـ حياه، فلا ميراث له و لا مال، فكيف ينفق على الحبلى من مال من لا مال له لو لاـ السـهو فى الروايه و الإدخـال فيها؟ و إن كان قـد يقال: إن المراد من المال المعزول للولـد، فان خرج حيا حسب عليه و إلا اسـترد منهـا فى وجه أو يكـون تالفـا على الجميع فى آخر كمـا سـمعته فيمـا تقـدم، فمن الغريب بعـد ذلـك دعـوى الجمـع بين النصوص بحمل الأولى على إراده لا نفقه لها من مال الميت و إن كان لها نفقه من مال الولـد، إذ هو مع أنه فرع التكافؤ المفقود هنـا قطعا من وجوه مناف لما فى صـحيح ابن مسـلم (۱)منهـا المصـرح فيه بكون الإنفـاق عليهـا من مالها، و إن كان هو ليس فى خصوص الحامل لكنه مطلق، اللهم إلا أن يحمل على غير الحامل.

و أغرب منه ما عن المختلف من كون التحقيق بناء المسأله على أن النفقه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب النفقات الحديث ۶.

للحمل أو للحامل، فعلى الأول يتجه الثانى و إلا فالأول، و وجه بكون مراده بـذلك الجمع بين النصوص بحمل الأولى على عـدم النفقه لهـا من غير الولـد، إذ هو مع أن فيه أيضا ما عرفت لا وجه له، ضـروره كون النزاع هناك فى المطلقه باعتبار خطاب الزوج بالنفقه لها إلا أنه لم يعلم كونها نفقه زوج أو قريب، و هنا لا إشكال فى سقوط النفقه عن المتوفى، فليس حينئذ إلا العمل بالخبر المزبور أو طرحه، و قد عرفت أن القواعد تقتضـى بالثانى لمرجوحيته بالنسـبه إلى غيره من وجوه. و لعل حمله على إرادته أنه لو قلنا فى تلك المسأله إن النفقه للحامل اتجه السقوط باعتبار موت المنفق، و إن قلنا إنها للحمل لم تسقط باعتبار أن الحمل له مال فينفق حينئذ منه أولى من ذلك، و إن كان فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه فى المسأله السابقه.

و أمـا ما عن بعض المحـدثين- من الجمع بين النصوص بحمل الثانى منها على ما إذا كانت الأم محتاجه لأنه حينئـذ تجب نفقتها عليه و الأول على ما إذا لم تكن محتاجه- فهو مع أنه فاسـد فى نفسه مخالف للإجماع لا شاهد عليه فلا محيص حينئذ عن القول الأول، و الله العالم.

و كيف كان ف تثبت النفقه للزوجه مسـلمه كانت أو ذميه بلا خلاف و لا إشكال، لإطلاق الأدله، بل أو أمه إذا مكنه السيد منها ليلا و نهارا، نعم لو لم يمكنه منها إلا ليلا بناء على أن له ذلك كما سمعته سابقا فالذى ذكره غير واحد من الأصحاب أنه لا نفقه حينئذ لها، لعدم التمكين التام، لأنها لكونها أمه ليست أهلا للاسـتقلال فى التمكين، لملك المولى منافعها إلا ما ملكه الزوج منها و هو الاستمتاع، فلا عبره إلا بتمكين المولى، بخلاف ما إذا منع الأب أو غيره الحره البالغه من زوجها، فإنه لا عبره به، و لا تسقط نفقتها إذا كانت ممكنه، لأنها مالكه لنفسـها، فهى مستقله بالتمكين، و يؤكد ذلك أنه لا نفقه للأمه إلا من مال المولى، فإذا أراد إسـقاطها عن نفسه لزمه التسـليم الكامـل، فـإذا لم يفعـل لزمه النفقه، بخلاف الحره، فربما تنفق على نفسـها من مالها، و جواز منع المولى للأمه نهارا

بناء على بقاء حق الخدمه له لا يستلزم أن يكون التمكين التام بالنسبه إليها هو التمكين ليلا ليلزم به النفقه، فإن الإجماع منعقد على أنه لا نفقه لها بانتفاء التمكين التام مع تفسيره بالتمكين كل حين فی كل مكان.

و قد يقال إنما انعقد الإجماع على سقوط النفقه بالنشوز، و لا نشوز هنا، لوجوب طاعه المولى، كما لا نشوز بالامتناع للحيض و نحوه، و يدفعه أن الأصل البراءه إلا فيما أجمع فيه على الوجوب، و لا إجماع هنا، بخلاف الحائض و نحوها.

قلت: قد عرفت فيما تقدم أنه لا دليل على شرطيه التمكين على وجه يقتضی أن انتفاءه مطلقا يترتب عليه انتفاء الإنفاق، و لذا أوجبوه للمريضه و المسافره فی المضيق و الصائمه و الحائض و غيرهن من ذوات الأعذار، و المسلم من الإجماع ما ذكره أخيرا من أن انتفاءه على وجه النشوز يقتضی انتفاء الإنفاق، فالمتجه حينئذ الإنفاق هنا، ضروره كونها حينئذ كباقی ذوات العذر فی عدم التمكين، بل ربما كانت أولى منهن باعتبار إقدامه فی تزويجه بها على ذلك، و ما ذكره من أن الأصل البراءه فيه ما لا يخفى من وضوح عدم كون المدرك الإجماع على خصوصيات ذوات الأعذار، و إنما هو ما عرفت مع إطلاق أدله الإنفاق، و هو بعينه جار فی المقام، و دعوى إجمال الإطلاقات فلا تعارض أصل البراءه واضحه الفساد، بل لا يليق وقوعها ممن له أدنى نصيب فی الفقه.

و كأن الذی أوقعهم فی الشبهه فی هذا المقام و غيره من المقامات معلوميه مدخليه التمكين فی الجمله فی الإنفاق، فظنوا أنه صار بذلك شرطا على وجه يقتضی انتفاء مشروطه بانتفائه كيف ما كان على ما هو القاعده فی الشروط، و غفلوا عن أن ذلك يتوقف على ملاحظه دليل الشرطيه، فإن كان هو بحث يقتضی ذلك جرى عليه أحكامها و إلا فلا، و ليس فی المقام دليل شرطيه على الوجه المزبور و إلا لما صح لهم فی إيجاب النفقه فی ذوات الأعذار شرعا أو عقلا و دعوى أن ذلك للإجماع و غيره من الأدله الخاصه معلومه البطلان لمن له أدنى فهم و دريه و ملاحظه لكلمات الأصحاب، خصوصا ما وقع لهم من الاستدلال على الإنفاق على ذوات الأعذار

بالعذر، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه، و به ينكشف الغبار عن كثير من المقامات، و ربما يأتى لذلك تتمه إنشاء اللّه.

هـذا و لاـ يخفى أن الحكم فى النفقه التى لم تتوقف على التمليـك- كالإسـكان و الكسوه على القول بأنهـا إمتاع- واضـح، لأن الأـمه أهـل للانتفـاع المجرد عن الملـك و إن توقف على الملـك كـالمئونه التى تملكها فى صبيحه كل يوم ففيما حضـرنى من نسخه المسالك لكنها غير نقيه من السقط و الغلط «أنه يشكل الحكم بها للأمه، إلا أن نقول يملكها بالمولى، و يتلقى الانتفاع بها غيره عنه، و يتوقف تصـرفها فيها على إذنه، إذ له إبـدالها و إطعامها من غيرها، و يمكن أن يجعل تزويجها بنفسه مفيـدا للاذن لها فى تناول المئونه و إن لم تكن مالكه، عملا بشاهـد الحال و العرف، و هـذا حسن- ثم قال-: و على القولين فللأمه أن تطالب بها الزوج، كما لها أن تطالب السـيد، و إذا أخـذت فللسـيد الابـدال، لحق الملك، و الحاصل أن له فى النفقه حق الملك، و لها حق التوثق، و يتفرع عليه أنه ليس للمولى الإبراء من نفقتها، و لا بيع المأخوذ إلا أن يسلمها بدله».

و فيه (أولا) إمكان منع التوقف على الملكيه فيه أيضا، فيكون حينئذ استحقاقها فى الجميع الإنفاق، و (ثانيا) منع عدم جواز الإبراء للسـيد بعـد فرض كونه المالك، أقصـى ذلك أنه يتعين عليه الإنفاق عليها كما إذا لم تكن ذات زوج، و دعوى تعلق حق لها بها على نحو تعلق حق الـدين بتركه الميت يـدفعها أنه لاـ دليـل عليهـا بعـد أن صـرفت أدله الإنفـاق المراد منهـا الملكيه إلى السـيد، ضروره كونها حينئذ كالمهر الذى تستحقه الزوجه بعقد النكاح أشد من اسـتحقاق النفقه، نعم مقتضى ذلك اختصاص تعلق حق هذه النفقه بالسيد، و هو مخير بين دفعها إليها و بين غيرها من أمواله، فإن عصى جبره الحاكم.

و من ذلـك يظهر لـك مـا فى قوله فيها أيضا: «و لو اختلفت الأمه و زوجها فى تسـليم نفقه اليوم فالقول قولها مع يمينها، و لا أثر لتصديق السيد الزوج، مراعاه

لحقها، و فيها لو اختلفا فى النفقه الماضيه اتجه ثبوت المدعى بتصديق السيد، و كذا الخصومه فيها، لأنها حينئذ كالصداق، و حقها إنما يتعلق بالحاضر» و نحوه ما فى القواعد، قال: «و لو اختلفا فى النفقه الماضيه فالغريم السيد، فان صدق الزوج سقطت، و إلا حلف و طالب، أما الحاضره فالحق فيها لها، لأنها حق يتعلق بالنكاح، فيرجع إليها كالإيلاء و العنه» و إن كان ربما أشكل بعدم جواز الحلف على نفى فعل الغير، لكن قد يدفعه معلوميه إراده ما لو كان الاختلاف فى الدفع بعد مضى جمله من الأيام، فإن الغريم حينئذ السيد، و لا يجدى تصديق الأمه و لا حلفها و لا نكولها، لعدم تعلق حق لها به، إذ هو دين محض للسيد، و لا إذن للأمه فى قبضه، نعم لو كان الاختلاف بينهما فى الدفع فيما مضى يوما فيوما فالخصم حينئذ ليس إلا الأمه، فإذا صدقته سقطت، ضروره كونها مأذونه فى قبضها و إن كان المالك السيد، و إن أنكرت و لا بينه لها حلفت، و تمحض الحق للسيد، مع إمكان أن يقال: إنه كذلك أيضا، و يكون الحلف منه على عدم وصول حقه إليه و لو فى يد المأذون أو الوكيل، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[أما قدر النفقه]

و أما الكلام فى قدر النفقه فضابطه القيام بما تحتاج المرأه إليه من طعام و إدام و كسوه و إسكان و إخدام و آله الادهان تبعا لعاده أمثالها من أهل البلد للأصل و إطلاق الأوامر بالإنفاق كتابا(۱)و سنه(۲)الذى يرجع فى مثله إليها بعد أن لم يكن ثم تقدير شرعى، على أنه صرح فى

النصوص (۳)بأن «حق المرأه على الرجل أن يشبع بطنها و يكسو جنبها»

نعم فى

صحيح شهاب بن عبد ربه (۴)قلت لأبى عبد الله عليه السلام؟ «ما حق المرأه على زوجها؟ قال: يسد جوعتها، و يستر عورتها، و لا يقبح لها وجها، فإذا فعل ذلك فقد أدى و الله إليها حقها، قلت: فالدهن، قال: غبا يوم و يوم لا، قلت: فاللحم، قال: فى كل ثلاثه أيام مره، فيكون فى

۱- ۱ تقدمت الايات الداله على ذلك فى ص ۳۰۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحديث ۱.

الشهر عشره مرات لا- أكثر من ذلك، و الصبغ فى كل سته أشهر، و يكسوها فى كل سنه أربعه أثواب: ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف، و لا ينبغى أن يفقر بيته من ثلاثه أشياء: دهن الرأس و الخل و الزيت، و يقوتهن بالمد، فإنى أقوت به نفسى و عيالى، و ليقدر لكل إنسان منهم قوته، فان شاء أكله و إن شاء و هبه و إن شاء تصدق به، و لا تكون فاكهه عامه إلا أطعم منها عياله، و لا يدع أن يكون للعبد عندهم فضل فى الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئا لا ينيلهم فى سائر الأيام».

لكن الظاهر حمل ذلك فيه على ضرب من الندب أو على العاده فى البعض أو غير ذلك، و إلا فالواجب ما عرفت، و قد تعرض بعض الأصحاب إلى بيان المعتاد من ذلك، فأوجبوا فيها أمورا ثمانيه: الأول الإطعام، و إنما يجب منه سد الخله أى حاجتها بحسب حالها، بل فى كشف اللثام «لعله يدخل فى ذلك اختلافها شرافه و رضاعه».

و فى تقدير ه أى الإطعام خلاف فمنهم من قدره بمد للرفيعه و الوضيعه من الموسر و المعسر، و هو الشيخ فى المحكى من خلافه محتجا بإجماع الفرقه و أخبارهم التى لم نعثر منها إلا على صحيح شهاب المتقدم الذى قد عرفت حمله على الفضل، و ما ورد(۱)من تقديره فى الكفاره التى لا يقاس ما نحن فيه عليها، و منهم هو أيضا فى المحكى من مبسوطه، فقدره بذلك للمعسر و بمدين للموسر و مد و نصف للمتوسط، كما عن الشافعى، و لم نعثر له على دليل معتد به و منهم من لم يقدر ه بشى ء من ذلك و اقتصر على سد الخله، و هو مع أنه أشهر بيننا، بل المشهور شهره عظيمه أشبه بأصول المذهب و قواعده.

و أما جنسه فقد قيل: إن المعتبر فيه غالب قوه البلد، كالبر فى العراق و خراسان، و الأرز فى طبرستان، و التمر فى الحجاز، و الذره فى اليمن، لأن شأن كل مطلق حمله على المعتاد، و لأنه من المعاشره بالمعروف، و إن اختلف الغالب باختلاف الناس اعتبر حالها، و فى محكى المبسوط «و يعتبر بغالب قوت أهل البلد، و ينظر إلى غالب قوته»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الكفارات من كتاب الإيلاء و الكفارات.

فأوجب عليه كالإطعام فى الكفارات، و يحتمل أن يكون أراد به ما ذكره بعضهم من أنه إن لم يكن القوت الغالب أى لم يقدر عليه الزوج إما لعدمه أو عدم الوصول إليه فما يليق بالزوج، لأنه لا تكلف نفسا إلا وسعها، و لقوله تعالى (۱)«وَ مَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتاهُ اللَّهُ» و فى المسالک «أنها ترجع فيما تحتاج إليه من طعام و جنسه من البر و الشعير و التمر و الزبيب و الذره و غيرها و الإدام و السمن و الزيت و الشيرج و اللحم و اللبن، و الكسوه من القميص و السراويل و المقنعه و الجبه و غيرها، و جنسها من الحرير و القطن و الكتان، و الإسكان فى دار أو بيت لائقين، و الإخدام إذا كانت من أهله من ذوى الحشمه و المناصب المرتفعه، و آله الادهان التى تدهن به شعرها أو ترجله من زيت أو شيرج مطلق أو مطيب بالورد أو البنفسج أو غيرهما مما يعتاد لأمثالها و المشط، و ما يغسل به الرأس من السدر و الطين و الصابون على حسب عاده البلد و نحو ذلک مما يحتاج إليه فى عاده أمثالها من أهل بلدها، و إن اختلفت العاده ترجع إلى الأغلب، و مع التساوى فما يليق منه بحاله».

قلت: لعل ما فى المسالک من الرجوع إلى عاده الأمثال من أهل البلد أولى من جعل المدار على القوت الغالب فى الفطر أو البلد، ضروره انسياق الأول من إضافه «رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ»(۲)

و «ستر عورتها و سد جوعتها»(۳)

و كذا ما ذكره من الرجوع إلى الأغلب مع الاختلاف، فإنه الأقرب إلى الإضافه المزبوره و إلى حمل الإطلاق، نعم ما ذكره من الرجوع إلى ما يليق بحال الزوج مع التساوى لا يخلو من نظر، فان المتجه فى الفرض التخيير بين افراد ما يليق بها، إذ هو الفرد القريب إلى الإضافه المزبوره و إلى المعاشره بالمعروف، كما أن ما ذكره غيره من أنه إن لم يقدر الزوج على القوت الغالب إما لعدمه أو عدم الوصول إليه فما يليق بالزوج كذلک أيضا، لاحتمال

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵ الآيه ۷.

۲- ۲ سوره البقره: ۲ الآيه ۲۳۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحديث ۱ و فيه «يسد جوعتها و يستر عورتها».

احتساب ذلک علیه دینا خصوصا فی الأخیر، و لو أخذ بإطلاق الآیه(۱)لکان المتجه اعتبار حال الزوج بالنظر إلی إعساره و إیساره و إن کان القوت الغالب موجودا، و لعل الخصم لا یلتزم به.

اللهم إلا أن یقال: إن المراد عدم الشی ء فی نفسه أو حصول المانع إلیه من خوف عام أو نحو ذلک مما هو من عوارض النفقات فی العرف و العاده أیضا لا من عوارض المنفق، فإنه حینئذ قد یقال: العشره بالمعروف هو المقدور، بل یکون هو قوت الأمثال فی هذا الحال، فتأمل جیدا.

قال فی کنز العرفان: «قال المعاصر فی هذه الآیه(۲)دلاله علی أن المعتبر فی النفقه حال الزوج لا الزوجه، و لذلک أکده بقوله تعالی (۳)لا یُکَلِّفُ اللّٰهُ نَفْساً إِلّٰا ما آتاها» إذ لو کان المعتبر حال الزوجه لا حال الزوج لأدی ذلک فی بعض الأوقات إلی تکلیف ما لا یطاق، بأن تکون ذات شرف و الزوج معسر، و عندی فیه نظر أما (أولا) فلفتوی الأصحاب أنه یجب القیام بما تحتاج إلیه المرأه من طعام و إدام و کسوه و إسکان تبعا لعاده أمثالها. و (ثانیا) فلأن قوله تعالی «لا یُکَلِّفُ اللّٰهُ» إلی آخره قابل للتقیید، أی فی حال التی قدر فیها الرزق، و حینئذ جاز أن یکون الواجب علیه ما هو عاده أمثالها، فیؤدی ما قدر علیه الان، و یبقی الباقی دین علیه، فلذلک اتبع الکلام بقوله تعالی (۴)سَیَجْعَلُ اللّٰهُ بَعْدَ عُسْرٍ یُسْراً».

قلت: هو صریح فیما قلناه، بل ظاهره الإجماع علی ذلک، علی أنه یمکن تنزیل الآیه علی نفقه غیر الزوجه التی یسقط بالإعسار ها هنا ما یعسر علیه حتی بالکسب بناء علی وجوبه لنفقه القریب، و الله العالم.

و علی کل حال فالثانی الإدام، و البحث فیه جنسا و قدرا کالإطعام، لاتحاد المدرک فی الجمیع، لکن عن المبسوط أن علیه فی الأسبوع اللحم مره، لأنه هو العرف، و یکون یوم الجمعه لأنه عرف عام، و عن أبی علی أن علی المتوسط أن یطعمها اللحم فی کل ثلاثه أیام مره، و الأولی منه الرجوع فیه إلی العرف فی أمثال الامرأه و یمکن إراده الجمیع

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵ الآیه ۷.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵ الآیه ۷.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵ الآیه ۷.

۴- ۴ سوره الطلاق: ۶۵ الآیه ۷.

ذلک، فلا یکون خلافا، کما أنک قد عرفت المراد فی صحیح الشهاب (۱)السابق: بل هو المرجع فی جنسه أیضا، و کونه من الضأن و غیره و فی قدره و إن حکی عن بعضهم أنه رطل، و عن آخر الزیاده علیه بیسیر، و حینئذ لو کان عاده أمثالها دوام أکل اللحم وجب، لأنه هو المعاشره بالمعروف فی رزقهن، بل فی کشف اللثام «و کذا لو اعتادته هی مع التضرر بترکه و إن لم یکن الضرر إلا بمخالفه العاده» و إن کان لا یخلو من نظر، کما أنه لا یخلو وجوب التنباک و التریاق و القهوه لها إذا کان عاده لأمثالها أولها خاصه و لو مع التضرر بترکه، من نظر أیضا نعم لو تبرمت بجنس من الإدام کان علیه الابدال مع فرض تعدده، لأنه هو حینئذ المعاشره بالمعروف، بل لو کان عاده أمثالها أکل الشی ء العزیز من القند و المربیات و نحو ذلک وجب، بل لو کان عادتها هی علی وجه تتضرر بترکه أمکن وجوبه و إن کان ذلک کله لا یخلو من بحث أیضا.

و کیف کان فلها أن تأخذ الإدام و الطعام و إن لم تأکل، لما تعرف إنشاء الله من أنها تملکهما بالأخذ فلها التصرف بهما کیف شاءت، و قد سمعت ما فی صحیح شهاب (۲)السابق.

الثالث الکسوه، و المرجع فیها و فی جنسها و فی قدرها إلی العاده أیضا و إن ذکر بعض أصحابنا أنه یجب منها أربع قطع: قمیص و سراویل و مقنعه و نعل أو شمشک، و یزید فی الشتاء الجبه، بل ستسمع نحو ذلک من المصنف، لکن مراد الجمیع ملاحظه العاده فی ذلک و فی الجنس أیضا، فلو کان عاده الأمثال القطن أو الکتان وجب، و کذا الخز و الإبریسم و نحوهما دائما أو فی وقت، بل لو کانت من ذوی التجمل وجب لها زیاده علی ثیاب البدن الثیاب له علی حسب أمثالها، فالضابط حینئذ ما عرفت، و علیه یحمل ما فی صحیح شهاب (۳)السابق، کما أن ما عن کتب العامه من تعدید أشیاء بخصوصها محمول علیه أیضا، و لعل عدم التعرض لضبط ذلک أولی، ضروره شده الاختلاف فی الکم و الکیف و الجنس بالنسبه إلی ذلک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحدیث ۱.

و خصوصا فی البلدان.

الرابع الفراش الداخل فی عموم الإنفاق و المعاشره بالمعروف، بل فی کشف اللثام «یدخل بعضه فی الکسوه» کما أن فی القواعد «یجب لها حصیر فی السیف و الشتاء، فان کانت متجمله بالزینه و البساط وجب لها ذلک لیلا و نهارا، و یجب لها ملحفه و لحاف فی الشتاء، و مضربه و مخده، و یرجع فی جنس ذلک إلی عاده أمثالها فی البلد» و فی محکی المبسوط «فأما الفراش و الوساده و اللحاف و ما ینام فیه قال قوم:

یجعل لها فراش و وساده من غلیظ البصری و لحاف منه، و قال قوم: الفراش الذی یجلس علیه نهارا هو الذی ینام علیه لیلا مثل لبد أوزولیه، فأما مضربه محشوه فلا، لأن العرف هذا، و الأول أقوی، لأنه العرف و العاده، و یکون لها لحاف محشو و قطیفه، فأما خادمتها فلها وساده و کساء تتغطی به دون الفراش، هذا فی امرأه المؤسر، و أما امرأه المعسر فدون هذا، و یعطیها کساء تتغطی به، و لخادمتها عباده أو کساء غلیظ تنام فیه أو فروه» قلت: لا یخفی علیک أن إحاله ذلک کله إلی العاده فی القدر و الجنس و الوصف و نحو ذلک أولی، بل هو المتعین، ضروره عدم دلیل علی الخصوصیات.

الخامس آله الطبخ و الشرب، مثل کوز و جره و قدر و مغرفه إما من خشب أو حجر أو خزف أو صفر بحسب عاده أمثالها.

السادس آله التنظیف، و هی المشط و الدهن، و لا یجب الکحل و الطیب، و یجب المزیل للصنان، و له منعها من أکل البصل و الثوم و کل ذی رائحه کریهه، و من تناول السم و الأطعمه الممرضه، و لا تستحق علیه الدواء للمرض، و لا أجره الحجامه و لا الحمام إلا مع البرد، و عن المبسوط «أنه شبه الفقهاء الزوج بالمکتری و الزوجه بالمکری دارا، فما کان من تنظیف کالرش و الکنس و تنقیه الابار و الخلاء فعلی المکتری لأنه یراد للتنظیف، و ما کان من حفظ البنیه کبناء الحائط و تغییر جذع انکسر فعلی المکری، لأنه الأصل، و کذلک الزوج ما یحتاج إلیه للنظافه و ترجیل الشعر فعلیه، و ما کان من الأشیاء التی تراد لحفظ الأصل و البنیه کالقصد

و الحجامه فعليها، و إنما يختلفان فى شى ء واحد، و هو أن ما يحفظ البنيه على الدوام و هو الإطعام فعليه دونها، ففى هذا يفترقان و فى ما عداه يتفقان» و فيه ما لا يخفى.

السابع السكنى، و عليه أن يسكنها دارا يليق بها، إما بعاريه أو إجاره أو ملك:

الثامن نفقه الخادمه إن كانت من أهل الإخدام لشرف أو حاجه، و المرجع فيه العرف، فان كانت من أهل بيت كبير و لها شرف و ثروه لا تخدم بنفسها فعليه إخدامها و إن تواضعت فى الخدمه بنفسها، و كذا إن كانت مريضه تحتاج إلى الإخدام لزم و إن لم تكن شريفه، بل لو كانت الزوجه أمه تستحق الإخدام لجمالها لزم ذلك لها، لقضاء العاده.

و المرجع فى نفقه الخادمه جنسا و قدرا و غير ذلك العاده لأمثالها من الخدام أيضا، و ما عن بعض العامه من التقدير للموسر بمد و ثلث و للمعسر بمد لا عبره به عندنا، و كذا الخلاف فى أن الإدام دون إدام الزوجه أو مثله.

و قد أشار المصنف إلى أكثرها حتى آله التنظيف المراده من قوله: «آله الادهان» بمعنى ما تدهن به شعرها و ترجله و غيره، كما سمعته من المسالك، و حتى فراش النوم المشار إليه فيما يأتى بقوله «و لا بد» و حتى نفقه خادمها المشار إليها بقوله: «فالزوج بالخيار» نعم ليس فى كلامه إشاره إلى آله الطبخ و الشرب، و يمكن اكتفاؤه عن ذلك بالإطعام الذى هذه الأمور من مقدماته.

لكن لا يخفى عليك ما فى هذه الكلمات من التشويش و الاضطراب، و لو أحالوا ذلك إلى العاده لكان أحسن، و كأنهم تبعوا بذلك ما فى كتب العامه من التعرض لأمثال هذه الأمور التى تستعملها قضاتهم لتناول العشر منها أو غير ذلك من المقاصد الفاسده، ضروره أنه إن كان المدار فى الإنفاق بذل جميع ما تحتاج إليه المرأه لم يكن لاستثناء الدواء و الطيب و الكحل و أجره الحمام و الفصد وجه، و إن كان المدار على خصوص الكسوه و الإطعام و المسكن لم يكن لعد الفراش و الإخدام و خصوصا

ما كان منه للمرض و غير ذلک مما سمعته فى الواجب منها وجه، و إن جعل المدرک فيه المعاشره بالمعروف و إطلاق الإنفاق كان المتجه وجوب الجميع، بل و غير ما ذكروه من أمور أخر لا حصر لها، فالمتجه إحاله جميع ذلک إلى العاده فى إنفاق الأزواج على الزوجات من حيث الزوجيه لا من حيث شده حب و نحوه، من غير فرق بين ما ذكروه من ذلک و ما لم يذكروه، مع مراعاه حال الامرأه و المكان و الزمان و نحو ذلک، و مع التنازع فما يقدره الحاكم من ذلک لقطع الخصومه، و إلا فليس على ما سمعته منهم إثباتا و نفيا دليل معتد به بالخصوص.

و منه ما ذكره المصنف و غيره من أنه يرجع فى الإخدام إلى عادتها، فان كانت من ذوى الأخدام وجب للعشره بالمعروف، و إلا خدمت نفسها من غير فرق فى ذلک بين إعسار الزوج و إيساره، نعم الاعتبار بحال الامرأه فى بيت أبيها دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها.

و أنه إذا وجبت الخدمه فالزوج بالخيار بين الإنفاق على خادمها إن كان لها خادم فيكون ذلک منه عوض الخدمه حينئذ و بين ابتياع خادم لها أو استيجارها حره أو أمه أو استعارتها أو مملوكه له يأمرها بالخدمه أو الخدمه لها بنفسه و عن بعض العامه و الخاصه بل ظاهر المسالک اختياره تقييد الأخير بما لا يستحيى منه، كغسل الثوب و كنس البيت و طبخ الطعام، أما ما يستحيى منه كالذى يرجع إلى خدمه نفسها من صب الماء على يدها و حمله إلى الخلاء و غسل خرقه الحيض فلها الامتناع من خدمته، لما فيه من المشقه عليها المنافيه للعشره بالمعروف، بل عن بعضهم أن لها الامتناع من قبول خدمته مطلقا، لما فيه من الحياء و التعيير، و على كل حال فالخيار فى أفراد الخدمه له، لأنه هو المكلف بها.

و ليس لها التخيير فحينئذ لو اختارت خادما و اختار الزوج غيره قدم اختياره، و كذا اختار الخدمه بنفسه، لكن عن الفاضل احتمال تقديم اختيارها لجواز كون ما تختاره أقوم بخدمتها، و لاحتشامها الزوج عن الخدمه، بل له إبدال

خادمتها المألوفه لريبه أو غيرها، لما عرفت من أن له الاختيار ابتداء فكذا استدامه، و احتمال بعضهم عدمه لغير الريبه، لعسر قطع المألوف، قيل: و للعامه قول بعدم الإبدال مطلقا.

و أنه لا يلزمه أكثر من خادم واحد و لو كانت من ذوى الحشم و من أجل الناس لأن الاكتفاء يحصل بها خلافا لما عن بعض العامه، فأوجب خادما خارج الدار و آخر للداخل، و عن آخر أنه أوجب لمن كانت شريفه زفت إليه مع جواز كثيره الإنفاق على الجميع، بل عن بعض الأصحاب احتماله، لكونه من المعاشره بالمعروف، بل فى المسالک احتمال اعتبار عادتها فى بيت أبيها، فإن كانت ممن تخدم بخادمين أو أكثر وجب، لأنه من المعاشره و إنه لو أرادت استخدام ثانيه و ثالثه من مالها فللزوج أن لا يرضى بدخولهن داره، و كذا لو حملت أكثر من واحده فله الاقتصار على واحده و إخراج الباقيات من داره، كما أن له تكليفها بإخراج مالها من داره، و منع أبويها و ولدها من غيره أو غيرهم عن الدخول إليها فى داره، و منعها من الخروج إليهم للزياره و غيرها كما فى صحيح ابن سنان (۱)السابق.

و أن من لا عاده لها بالإخدام يخدمها مع المرض أو يمرضها نظرا إلى العرف و لا ينحصر هنا فى واحد، بل بحسب الحاجه.

إلى غير ذلک من كلماتهم المشتمله على التعليل الذى هو أعم من المدعى، بل مع قطع النظر عما ذكرناه لا يخلو أصل وجوب الإخدام الذى لا تعلق له فى الإنفاق من نظر، ضروره حصر الأدله حقها فى ستر العوره و سد الجوعه و إسكانها (و الإسكان خ ل) فلا يجب حينئذ غير هذه الثلاثه، و على تقديره من إطلاق الإنفاق و العشره بالمعروف و نحوها فلا ينبغى عدم الالتفات هنا إلى ما تقتضيه عاده أمثالها فى القدر و الجنس أيضا، ضروره عدم الفرق بينه و بين غيره مما ادعى انصراف إطلاق الأدله بل لا ينبغى إخراج الدواء و أجره الحمام و الفصد و الحجامه و نحو ذلک، إذ لا فرق بينها و بين الخادم لها عند المرض و بين غيرها مما أوجبوه للمعاشره بالمعروف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹۱- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۱.

و إطلاق الإنفاق و كون الامرأه عيالا عرفا، بل هو المراد من قوله تعالى (۱):

«ذلِکَ أَدْنی أَلَّا تَعُولُوا» و عيال الرجل ثقله و كل عليه فالمناسب حينئذ جعل المدار ما أشرنا إليه سابقا مما يعتاد إنفاقه على الزوجات من حيث الزوجيه، ملاحظا فيه حد الوسط الذى هو المراد من المعروف، لا الإسراف الذى يقع من المبذرين، و لا التقتير الذى يقع من الباخلين، و مع التنازع و التشاح ما يقدره الحاكم فى قطع الخصومه ملاحظا الميزان المعلوم.

و كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه يرجع فى جنس المأدوم و الملبوس لها و لخادمها إلى عاده أمثالها و أمثال خادم مثلها من أهل البلد، و كذا فى المسكن و إن كان لا يعتبر فيه تمليكها إياه، لكونه إمتاعا فيكفى المستعار و المستأجر اتفاقا، بل نص بعض الأصحاب على أنها لو كانت (۲)من أهل الباديه لم يكلف الإسكان فى بيت مدر و إن كانت من أهل الحضر، بل كفاه بيت شعر يناسب حالها، للزوم الحرج بالتكليف بذلك، و قضاء العرف بالاكتفاء به، و لقوله تعالى (۳)«أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ» و لعله لذا قيد بعض الناس وجوب المسكن المناسب بالقدره.

و لكن ذكر غير واحد من الأصحاب أن لها المطالبه بالتفرد بالمسكن عن مشاركه غير الزوج ضره أو غيرها، من دار أو حجره منفرده المرافق مع القدره عليه، لأنه من المعاشره بالمعروف و الإمساك بالمعروف، و لفهمه من قوله تعالى (۴)«وَ لا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ» و إن كان لا يخلو

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۳.

۲- ۲ هكذا فى النسختين الأصليتين الا أن الموجود فى كشف اللثام «لو كان من أهل الباديه» و هو الصحيح و الظاهر ان المراد من بعض الأصحاب هو الفاضل الهندى قده فإن العباره إلى آخر الآيه الاتيه مأخوذه من كشف اللثام.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

۴- ۴ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

من نظر مع فرض عدم كون عاده أمثالها كذلك و عدم تضرر لها به و إلا وجب من هذه الجهه، لا أن ذلك حق لها من حيث كونها زوجه، و لعل الرجوع فيه إلى الضابط الذى ذكرناه أولى.

و كذا تقدم أنه لا بد فى الكسوه من زياده فى الشتاء للتدثر، كالمشحوه لليقظه و اللحاف للنوم و غير ذلك مما يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه و النساء، بل لو كانت من أهل الاصطلاء بالنار وجب الحطب و الفحم و غيرهما، كما أنه يجب ملاحظه حال أمثالها فى ثياب الضيف.

و يرجع فى جنسه أى الدثار و غيره إلى عاده أمثال المرأه و الخادمه، و كأن المصنف أخذ وجوبه من الكسوه، و هو كما ترى بالنسبه إلى اللحاف، و كذا ما تحتاجه من الفراش فى اليقظه، و لو لا ما ذكرناه لأشكل وجوب ذلك كله، و عليه فلا ينحصر تعداد أفراده، و من هنا حصل الزياده و النقصان فى التعدد فى كلامهم المبنى على مراعاه عاده أمكنتهم و أزمنتهم و أحوالهم.

و قد عرفت فيما مضى أيضا أنه تزاد إذا كانت من ذوى التجمل زياده على ثياب البذله ما يتجمل أمثالها به للمعاشره بالمعروف و إطلاق الإنفاق و انصراف ستر العوره إليه، مضافا إلى ما ذكرناه من الضابط السابق الذى بعد الإحاطه به و بما قدمناه فى جميع هذا المبحث يظهر لك الحال فى أطراف المسأله.

[أما اللواحق فمسائل]

[المسأله الأولی لو قالت: أنا أخدم نفسی و لی نفقه الخادم لم یجب إجابتها]

الأولی:

لو قـالت: أنـا أخـدم نفسـی و لی نفقه الخادم لم یجب إجابتها لما عرفت من کون التخییر فی طرف الخـدمه إلیه، بل فی کشـف اللثام «أن علیه الإخـدام إن کانت من أهله و إن تواضـعت، کما أن علیه الإنفاق علیها بما هی أهله، و إن رضـیت بالتقتیر» و نحوه فی المسالک قال فیها: «لأن ذلک یسقط مرتبتها، و له أن لا یرضی بها، لأنها تصیر مبتذله، و له فی رفعتها حق و غرض صحیح و إن رضـیت بإسـقاط حقها» و فیه أنه لا وجه للوجوب مع الرضا علی وجه الاسـقاط للحق، نعم لیس لها النفقه إن لم تقبل الخادم، لأن الخدمه للنزاهه و الدعه فإذا لم تخترها لم یکن لها عوض عنها.

کما أنها لو بادرت بالخدمه من غیر إذن لم یکن لها المطالبه بالأجره و لا نفقه الخادم و إن ادعت أنها ما تبرعت بمقتضی إطلاق المصـنف و غیره، و إن کان قـد یشـکل أصل الحکم بعـدم الفرق بین الإخـدام و الکسوه و الإطعام فی الرجوع بالعوض مع عدم ظهور إسـقاط منهـا بالاـعراض عمـا بـذله لهـا من ذلـک مثلاـ إذ الظـاهر أنه لاـ یتوقف اسـتحقاقها النفقه علی المطـالبه، فمـا فی المسالـک- من تعلیـل هـذا الحکم بکونهـا متبرعه فلاـ أجره لهـا و لا نفقه زائـده بسـبب الخـدمه- یلزمه مثل ذلک فی الإطعام و الکسوه، و لعله لاـ یلتزمه، ضـروره إطلاـق الأـدله فی اسـتحقاقها ذلـک علیه علی وجه إن لم یـدفعه إلیهـا یکون دینا علیه إلا إذا أسقطت حقها منه کما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الثانیه الزوجه تملک نفقه یومها مع التمکین]

المسأله الثانیه لا خلاف فی أن الزوجه تملک المطالبه ب نفقه یومها فی صبیحته مع التمکین و أنه إذا قبضتها کانت ملکا لها، لقوله علیه السلام فی

صحیح شهاب (۱)المتقدم «و لیقدر لکل إنسان منهم قوته، فان شاء أکله و إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به»

و ظاهرهم بل هو صریح المسالک أن ذلک کذلک فی کل ما یتوقف الانتفاع به من النفقه علی إتلاف عینه من مأکل و مشرب و دهن و طین و صابون و نحو ذلک و إن کان هو لا یقتضی اعتبار الملکیه فیه، ضروره إمکان الاکتفاء بالبذل و الإباحه المطلقه، بل یمکن أن تجامع حتی ما فی الصحیح المزبور من التسلط علی بیعه و هبته فإنه من الإباحه ما یکون کذلک، و من هنا اعترف فی کشف اللثام بإمکان القول بعدم اعتبار الملک فیه و أن الواجب إنما هو البذل و الإباحه.

قلت: بل لعله متعین بناء علی اعتبار التمکین علی وجه الجزئیه فی سبب ملکها، إذ لا وجه حینئذ لتقدم المسبب علی السبب و المعلول علی العله، نعم قد یتوجه بناء علی شرطیته بمعنی أنه یکون شرطا کاشفا أو شرطا للاستقرار فحینئذ لو قبضتها من الصبح یبقی الملک فیها مراعی حتی ینقضی ذلک الیوم متمکنه، فینکشف استقراره بأول القبض حینئذ أو یستقر حینئذ، و عباره المتن محتمله للوجوه الثلاثه و إن کانت لا تخلو من إشعار بالأخیر بقرینه ما بعد.

لکن فیه أن ذلک یتم لو کان فی الأدله ما یقتضی سببیه قبضها للملک کی یجمع بینهما حینئذ بما عرفت، کما هو الشأن فی الشرائط الکاشفه و لیس، إذ أقصی ما ذکروه فی وجه ذلک أنه لما کان المقصود من النفقه القیام بحاجتها و سد خلتها لکونها محبوسه لأجله وجب أن یدفع إلیها یوما فیوما، إذ لا وثوق باجتماع الشرائط فی باقی الزمان، و الحاجه تندفع بهذا المقدار، فیجب دفعها فی صبیحه کل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحدیث ۱.

یوم إذا طلع الفجر، و لا یلزمها الصبر إلی اللیل لیستقر الوجوب، لأنها ربما تجوع فتتضرر بالتأخیر، و ربما زاد الضرر إذا افتقرت إلی خبز أو طبخ أو إصلاح، إذ الواجب علیه دفع الحب مئونه إصلاحه، و کذا الإدام من اللحم و نحوه، لا عین المأکول.

بل فی قواعد الفاضل التصریح بعدم وجوب تسلیم الدقیق فی الخبز أو القیمه إلا مع التراضی منهما، و فی کشف اللثام «أما القیمه فالأمر فیها ظاهر، فان الواجب انما هو الطعام، و أما الدقیق و الخبز فظاهر أنه لا یجبر الزوج علیهما إذا دفع الحب مع مئونه الطحن و الخبز و الطبخ، و أما الزوجه فالظاهر أنها تجبر علی القبول، کما یعطیه کلام الإرشاد، و یحتمل العدم، کما هو قضیه الکلام هنا، لأنهما لا یصلحان لجمیع ما یصلح له الحب» و إن کان لا یخفی علیک ما فی جمیع ذلک بعد الإحاطه بما فی نصوص المقام[1] من الاقتصار فیها علی أن حقها سد جوعتها و نحو ذلک مما هو أظهر فیما لا یحتاج بعد ذلک إلی عمل کالخبز و الطبیخ و التمر و ما أشبه ذلک مما لا یتوقف إلا علی تناول المرأه.

بل جزم المحدث البحرانی بکون الواجب علی الزوج ذلک، فلا تجبر المرأه حینئذ علی قبول الحب و مئونته، بل یجبر الزوج علی ما لا یحتاج إلی مئونه غیر التناول، و إن کان قد یناقش بمخالفته المعتاد فی الإنفاق المحمول إطلاقه علیه، کإطلاق سد الجوعه، لا أقل من أن یکون الزوج مخیرا بین الأمرین إن لم یکن غضاضه علی الزوجه فی فعل المطبوخ علیها علی وجه ینافی عاده أمثالها.

و علی کل حال فلیس فی شی ء من ذلک ما یقتضی اعتبار الملکیه، فضلا عن کون القبض سببا فیها، و لو سلم لکان المتجه ذلک أیضا فی قبض نفقه الأیام المتعدده، و لا أظن القائل یلتزم به، ضروره عدم الفرق فی کیفیه اشتراط التمکین بین الیوم الحاضره و غیره، اللهم إلا أن یقال بالفرق بینهما بحضور هذا الیوم الذی هو بمنزله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات.

تحقق السبب فيه، و لذا قدم قوته على الغرماء فى المفلس بخلاف ما عداه، بل لعل الأمر بالإنفاق منزل على ذلک، ضروره عدم كونه نفقه له بعد انقضائه، بل هو وفاء دين، فليس نفقته إلا استقباله بما تقع الحاجه فيه إلى صبيحه اليوم الأخر، لكنه كما ترى أيضا، فليس حينئذ إلا الإجماع على ذلک و ما فى صحيح الشهاب (۱)السابق، فيكون حينئذ هما الدليل على وجوبها و ملكها قبل حصول التمكين، نحو تقديم غسل الجمعه يوم الخميس، و تقديم الفطره قبل الهلال، و إلا لأمكن القول بأن المقدم ما يساوى استحقاقها المؤخر حينئذ، فبعد حصول شرطه أو تمام سببه يقع التهاتر قهرا، و مع عدمه يرجع عليها بما دفع إليها.

و كيف كان فلو منعها و انقضى اليوم ممكنه استقرت نفقه ذلک اليوم فى ذمته إن لم تكن قد قضت، و ملكها لها إن كانت قد قبضت و كذا الكلام فى نفقه الأيام الأخر و إن لم يقدرها الحاكم و لم يحكم بها بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال، ضروره ثبوت الحق لها و إن سكتت و لم تطالب و لا وقع التقدير خلافا لمن اعتبر التقدير من العامه.

إنما الكلام فيما لو ماتت فى أثناء النهار أو طلقها أو نشزت، و فى موضع من القواعد الجزم بعدم استردادها فى الأولين، لأنها ملكتها، و الاسترداد فى الأخير على إشكال من تقديم القبض الموجب للملک قبل النشوز، و من أن الملک مشروط بالتمكين، فبالقبض إنما ملكته ملكا مراعى.

و فى كشف اللثام هذا مع بقاء العين، إذ مع الإتلاف لا دليل فيه على وجوب العوض مع إباحه المالک و الاذن شرعا فى الإتلاف، و لا يخفى عليک أن الوجه الأخير من الاشكال آت أيضا فى الأولين، كما لا يخفى عدم الفرق بين الإتلاف و عدمه بعد أن كان الدفع بعنوان النفقه التى بان عدمها بفوات التمكين.

هذا و لكن قال فى موضع آخر من القواعد فى مسأله ما لو دفع لها نفقه لمده و انقضت تلک المده ممكنه فقد ملكت النفقه قولا واحدا و كذا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحديث ۱.

لو استفضلت منها شيئا بالتقتير عليها أو بأن أنفقت على نفسها من غيرها كانت ملكا لها بلا خلاف فيه بينهم، لما عرفته فيما تقدم ما لفظه «فان طلقها في الأثناء استعاد نفقه الباقى إلا يوم الطلاق، و لو نشزت أو ماتت أو مات هو استرد الباقى» أى من النفقه لذلك اليوم و لغيره، و هو مناف لما سمعته منه سابقا، بل قد يشكل الفرق بين يوم الطلاق و غيره بعد اشتراط التمكين و إن قيل: إنها في صوره الطلاق مسلمه للعوض الذى هو التمكين، و إنما رده الزوج بالطلاق بخلاف غيره من الصور التى لا تسليم فيها، لكنه كما ترى، ضروره صدق عدم حصوله بفوات الزوجيه بسبب الطلاق المأذون فيه شرعا، و المشروط عدم عند عدم شرطه، كدعوى الفرق بين يوم الطلاق و غيره من الأيام، و بأنها ملكت النفقه ملكا مستقرا فى صبيحته ببذل التمكين أوله بخلاف غيره الذى لا ملك لها فيه أصلا، إذ هى إنما تملك متجددا بتجدد كل يوم، و ذلك لما عرفت من عدم الفرق بين الأيام فى كيفيه اشتراط التمكين، فهى و إن ملكت المدفوع إليها فى يومه لكنه مراعى بالتمكين الذى هو كالمعوض، فان سلم فذاك و إلا استرد بإزائه، نحو المؤجر الذى يملك تمام الأجره ملكا مراعى بسلامه العوض للمستأجر بل اللازم على تقدير الاكتفاء ببذل التمكين أول اليوم الاستقرار فى ذمته لها إن لم يدفع لو طلقها فى أثناء اليوم، و الظاهر أنهم لا يلتزمون به، و لعله لذلك كله اعترف فى كشف اللثام بأن الفرق مشكل بعد أن حكاه عن قطع الشيخ و غيره، قال: «و لذا احتمل بعض العامه استرداد نفقه يوم الطلاق».

قلت: و هو المتجه بناء على ما قدمنا، بل ربما احتمل استرداد جميع نفقه اليوم و الليله بفوات التمكين و لو فى الجزء الأخير منها، لكونه فى تمام اليوم و الليله، و لعله ظاهر بعض العبارات، و إن كان الذى يقوى فى النظر التوزيع، نحو توزيع الأعواض على المعوضات، و هذا متجه فى نفقه اليوم و الليله الحاضرين، أما ما زاد عليهما فلا إشكال و لا خلاف فى استردادها بالموت و الطلاق و النشوز و غير ذلك،

قال

زراره(۱)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل سافر و ترک عند امرأته نفقه سته أشهر أو نحوا من ذلک ثم مات بعد شهر أو اثنين، فقال: ترد ما فضل عندها فی الميراث».

و كذا لا خلاف و لا إشكال فی أنه لو دفع إليها كسوه لمده جرت العاده ببقائها إليها صح ذلک نفقه، ضروره كونه المعتاد فی مثلها، لعدم كونها كالطعام الذی يمكن توزيعه يوما فيوما، إنما الكلام فی أن ذلک ملک لها أو إمتاع و كذا الكلام فی غير ذلک من أعيان النفقه التی لا يتوقف الانتفاع بها علی إتلافها و إن كان الاستعمال يتلفها لكن بعد مده نحو فراش النوم و اليقظه و آلات التنظيف من المشط و نحوه، و حينئذ تكون النفقه أقساما ثلاثه: (أحدها) ملک بلا خلاف و هو طعام اليوم و الليله و نحوها مما يتوقف انتفاعه علی إتلافه، كالصابون و نحوه.

و (الثانی) إمتاع بلا خلاف، كالمسكن و الخادم و نحوهما مما علم من الأدله عدم اعتبار الملک فی إنفاقهن. و (الثالث) محل البحث، و هو الكسوه و ما شابهها.

ففی القواعد و محكی المبسوط و غيره أنها ملک، و لعله الظاهر مما تسمعه من المصنف و فی الإرشاد و كشف اللثام و غيرهما أنها إمتاع، و مال إليه فی فوائد الشرائع، بل فی الرياض أنه أشهر و أجود، و لعله كذلک خصوصا بعد ما عرفت فی الإطعام، مع أن الأصل يقتضی ذلک أيضا، ضروره عدم ما يدل علی اعتبار الملک فی صدق الإنفاق المأمور به شرعا، و الفرض عدم قصد الباذل له، فلا سبب للملک شرعا و لا قصدا.

و دعوی أن بذل شخصی الكسوه عن كليها الثابت فی الذمه بالتمكين أو بالزوجيه موجب لذلک نحو المدفوع وفاء للدين واضحه المنع، ضروره أعميه خطاب الإنفاق من اقتضاء ملک مال فی الذمه علی الزوج كی يكون شخص المدفوع وفاء عنه بل هو ليس إلا خطابا شرعيا نحو الخطاب بالنفقه للأرحام و المماليک و نحوها مما لا يقتضی ملكيته.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹۹- من كتاب الوصايا.

كما أن الآيه الكريمه(۱)«وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ» لا تقتضـى ذلك أيضا و إن عطف فيه الكسوه على الرزق المعتبر فيه الملكيه على ما عرفت، لكن العطف إنما يقتضـى المشاركه فى الحكم المثبت للمعطوف عليه فى العباره لا الأحكام الخارجه الثابته له بغيرها من الأدله، نعم الحكم الثابت للمعطوف عليه وجوب ذلك، فالعطف يقتضى مشاركته له فى ذلك، و هو أعم من الملكيه و الإمتاع، و تعين الأول فى الأول من خارج لا يستلزم تعين إرادته فى الآيه.

و أما

النبوى (۲)«لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف»

فمع ضـعف سـنده و عـدم وجوده فى كتبنا المعتبره قـد يمنع إراده الملكيه من اللام هنا، خصوصا على القول باشتراكها بين معان المقتضـى توقف إراده واحد بخصوصه منها على قرينه هى فى المقام مفقوده، و مجرد ثبوت الملكيه فى الرزق غير ملازم لثبوتها فى الكسوه إلاـ على تقـدير قيـام الـدلاله على إرادتهـا بالنسـبه إليه من اللام المـذكور فى الروايه، و هو محل مناقشه، إذ ليس إلا الإجمـاع الـذى حكاه جماعه، و لا يسـتفاد منه سوى ثبوت الملكيه له فى الجمله المجامع لثبوتها له من غير الروايه، و أما هى فلا يستفاد منها سوى الاستحقاق الذى هو أعم من ذلك، نحو قوله تعالى (۳)«وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ» و كالمفهوم من

قوله عليه السلام (۴)«إذا خرجت من بيتها بغير إذنه فلا نفقه لها»

خصوصا بعد اسـتفاضه التعبير فى النصوص (۵)بكون ذلـك من حقوق الزوجه على الزوج، فلا ريب حينئـذ فى بقائها على ملكيه الزوج إلا مع التصـريح بإنشاء التمليك لها، فيكون حينئذ خارجا عن محل النزاع الذى هو أن دفع الكسوه من حيث خطاب النفقه يقتضى الملك شرعا و إن لم يقصده الدافع فى دفعه، بل و لا القابض فى قبضه، اللهم إلا أن يقال:

إنه يجب على الزوج فى إنفاقه أن يملك الزوجه الكسوه على وجه إن لم يملكها

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۳۳.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۰۴.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۸.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب النفقات الحديث ۱. نقل بالمعنى.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات.

لم يكن منفقا، فيكون ذلك شرطا فى إنفاق الكسوه شرعا، و إن كان هو كما ترى مناف للسيره المستمره مع عدم دليل يقتضى ذلك، و الله العالم.

و على كل حال فقد ذكروا أنه تظهر فائده الخلاف فى أمور:

(منها) أنه لو أخلقتها أى الكسوه المدفوعه إليها للمده التى جرت العاده ببقائها إليها قبل المده لم يجب عليه بدلها على الملك و يجب على الإمتاع، و فيه أن المتجه الإبدال عليهما مع فرض عدم التقصير فى ذلك، و كون العاده تقتضى بقاؤها إلى المده لا يستلزم انحصار خطاب النفقه فيها و إلا لكان المتجه عدم الإبدال على التقديرين، نعم قد يقال: على فرض التقصير لا يجب الإبدال على الملك بخلافه على الإمتاع و إن ضمنت حينئذ له ما أتلفته بتقصيرها، مع إمكان القول بأنه لا إبدال عليه أيضا، لقاعده الاجزاء و احتساب ما قبضته نفقه عليها للمده، فهى كما لو قبضت تمام نفقتها ثم أتلفتها، و من هنا قال فى المسالك: «و لو أتلفتها بنفسها فلا إبدال على القولين، لأنه على الإمتاع يلزمها ضمانها، فكأنها لم تتلف- إلى أن قال- و لو تخلقت قبل مجى ء الوقت لكثره تحاملها عليها زياده على المعتاد أو قصرت فى حفظها و نشرها حيث يفتقر إليه فهو كما لو أتلفتها» فتأمل جيدا.

و (منها) أنه لو انقضت المده و الكسوه باقيه طالبته بكسوه ما يستقبل على الأول دون الثانى، لبقائها على ملكه، و فرض صلاحيتها لاكتسائها، و فيه أيضا أن ذلك إن كان لاتفاق حسن الكسوه و عدم عروض ما اقتضى خلقها أمكن منع وجوب الإبدال على الأول أيضا، ضروره أن ملكها لها على جهه الإنفاق لا مطلقا، و لا تقدير للمده شرعا و إنما هو يزعم بقاء الكسوه إليها، فمع فرض اتفاق بقائها إليها لا دليل على خطابه بالإنفاق، نعم لو استفضلت ذلك بلبس ثياب منها أو بتحمل العرى أو نحو ذلك أمكن حينئذ القول بأن لها المطالبه على الملك، لنحو ما سمعته فى استفضال الطعام.

و (منها) كما فى المسالك و كشف اللثام أنه إذا لم يكسها مده صارت الكسوه دينا عليه على الأول دون الثانى الذى معناه تمكينها من الانتفاع الذى لا يتصور ضمانه

بعـد انقضاء مـدته، إذ ليس هو منفعه لها و لا عين، و فيه أنه يكفى فى ضـمانه كونه حقا ماليا لها، و لعل ذلك هو مقتضـى اللام الذى سمعته فى الآيه(۱)و الروايه(۲)و إن لم نقل بكون الكسوه ملكا لها، و لعله لذا احتمله فى المسالك، بل هو المتجه.

و (منها) كما فى كشف اللثام أنه لا يصح الاعتياض عنها على الإمتاع، و يصح على التمليك، و فيه أنه مبنى على السابق من كون الإمتاع بشى ء يرجع إلى الممتع نفسه، فلا يقضى من فواته و لا ينقل عينه، و لذا لا يصح الاعتياض عنه، لكن فيه ما عرفت من أنه حق مالى يكون كالـدين يقضـى مع فواته و يصح الاعتياض عنه و لو لإراده إسـقاطه عمن عليه، و لعله لذا وجد مضـروبا عليه فى نسـخه الأصـل، و الله العـالم و (منهـا) أن له أخـذ المـدفوع إليهـا و إعطاؤها غيره على الإمتاع دون التمليك إلا برضاها، و فيه أنه يمكن القول بـذلك أيضا عليه باعتبار تزلزل ملكها و عـدم انحصاره فيما قبضـته، بل هو مخير فى ذلك ابتـداء و اسـتدامه إلا أنه كما ترى.

و (منها) أنه لا يصح لها بيع المأخوذ و لا التصرف فيه بغير اللبس من إجاره أو إعاره و نحوهما على الإمتاع بخلاف الملك ما لم ينـاف غرض الزوج من التزين و التجمـل و نحوهمـا، مثـل نفقه الطعـام التى يؤدى تصـرفها بغير الأكـل إلى الضـعف و ما لا يليق بـالزوج من الأحوال، و فيه أنه قـد يمنع تصـرفها فيه على الملـك بنـاء على أنه ملـك مراعى ببقائها ممكنه إلى تمام المـده، فإنه حينئـذ يكون نحو ملك الفضولى المال الذى لا يجوز له المبادره إلى التصـرف فى عينه قبل معرفه الحال، إلى غير ذلك مما هو مذكور فى كتب الأصحاب.

و على كـل حال ف لو سـلم إليها نفقه طعام لمـده ثم طلقها قبل انقضائها اسـتعاد نفقه الزمان المتخلف الـذى لم تكن قـد ملكته بالقبض، لما

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۲۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب النفقات الحديث ۱.

عرفته من أنها لاـ تملك عندهم إلاـ بتجدد كل يوم، بل لو قلنا بملكها به فإنما هو فى مقابله التمكين، فإذا لم يسلم له بعض العوض استرد ما بإزائه، فملكها حينئذ مراعى بسلامه العوض، كما أن المؤجر يملك تمام الأجره ملكا مراعى بسلامه العوض للمستأجر، نعم فى القواعد و غيرها إلاـ نصيب يوم الطلاق فلاـ يستعاد منها، قيل: لأنها تملكه فى صبيحته ملكا مستقرا ببذل التمكين أوله، بل هو المحكى عن قطع الشيخ و غيره فى الحكمين، لكن قد نقدم لك سابقا ما فيه، و أن المتجه استعادته أيضا كما لو نشزت أو مات هو أو هى، و احتمال الفرق بأنها فى صوره الطلاق مسلمه للعوض الذى هو التمكين و إنما رده الزوج بالطلاق بخلاف النشوز و الموت كما ترى، بل قد عرفت فيما تقدم عدم الفرق فيما حكم باستعادته بين بقاء عينه و عدمه، لكونه من المضمون عليها بعد أن كان مدفوعا على وجه خاص، و إن تقدم فى كشف اللثام الفرق بينهما، هذا كله فى نفقه الطعام.

و أما الكسوه فله استعادتها ما لم تنقض المده المضروبه لها بل و إن انقضت بناء على الإمتاع، بل و على التمليك فى وجه قد تقدم سابقا، نعم لو لم تكن قد لبستها و قد انقضت المده اتجه حينئذ استقرار ملكها بناء على التمليك نحو الطعام المستفضل، و فى القواعد فى فروع الإمتاع و التمليك «لو طلقها قبل انقضاء شى ء من المده المضروبه للكسوه كان له استعادتها، و لا يكون له استعادتها إن طلقها بعدها» أى على التمليك دون الإمتاع ثم قال: «و لو انقضت نصف المده سواء لبستها أولا ثم طلقها احتمل على التمليك التشريك و اختصاصها به، و كذا لو ماتت» و لعل وجه الاختصاص أنها ملكتها بالقبض و استحقتها بالتمكين الكامل، فيكون كنفقه اليوم إذا طلقها فى الأثناء، و لكن فيه ما عرفت، فالمتجه حينئذ انفساخ ملكها عنها مع فرض لبسها له، أما مع عدمه كما لو أبقتها لإراده الاستفضال كان المتجه التشريك بينهما، هذا كله على التمليك دون الإمتاع فإن المتجه عليه استعادتها مطلقا، فتأمل جيدا.

[المسأله الثالثه إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده لم يكن لها مطالبته بمده مؤاكلته]

اشاره

المسأله الثالثه إذا دخل بها و استمرت تأكل معه و تشرب على العاده لم يكن لها مطالبته بمده مؤاكلته لصدق الإنفاق عليها، و حصول الملك لها فيما تتناوله، و للسيره المستمره على ذلک، نعم لها الامتناع من المؤاكله ابتداء بمعنى أن لها طلب كون نفقتها بيدها تفعل بها ما تشاء من أكل أو غيره، لا أن المراد امتناعها عن خصوص هذا الفرد من الإنفاق و طلب كون طعامها حبا مثلا أو نحو ذلک، ضروره عدم دليل معتد به على وجوب دفع فرد خاص من النفقه، بل ظاهر الأدله تخيير الزوج بين جميع أفراد النفقه المناسبه لعاده أمثالها و إن كان هی تملک الفرد المدفوع إليها منها.

نعم فی المسالک «هذا إذا كانت المرأه بالغه رشيده أو كانت تأكل معه بإذن الولی، أما لو كانت مولى عليها و لم يأذن الولی فالزوج متطوع به، و لا يسقط نفقتها، لتوقفها على قبضه أو إذنه».

و فيه أولا أنه إن كان القبض له مدخليه فی كون الشیء نفقه و فی الملک لم يجد إذن الولی ضروره سلب أفعال المجنون مثلا و أقواله عن القابليه، فلا بد حينئذ من قبضه أو وكيله فی حصول الملک، و إن كان لا مدخليه له فی ذلک- باعتبار أن الزوج هو المخاطب بالإنفاق، و إن كان من ينفق عليه يملک ما يكون فی يده منه، لكنه تمليک شرعی لا مدخليه فيه للقبض و نحوه من الأسباب التی يعتبر فيها العقل- فلا يحتاج إلى استئذانه فی ذلک، و يسقط عنه خطاب النفقه بالمؤاكله المزبوره، و لعل السيره و الطريقه على ذلک، و على عدم اعتبار قصد الزوج التمليک فيما يدفعه من الطعام إلى زوجته و عدم قصدها التملک له و إن كان هو ملک لها شرعا.

و من ذلک ينقدح أن الزوجه إذا كانت أمه كان له النفقه عليها بالمؤاكله

و نحوهـا و إن ملك السـيد حينئـذ ما يكون فى يـدها من ذلك، و ليس هـذا تمليكا للعبـد، بل هو مقتضـى إطلاق دليل الإنفاق، فتأمل جيدا.

و كيف كـان ف لو تزوجها و لم يـدخل بها و انقضت مـده لم تطالبه بنفقه لم تجب النفقه على القول بأن التمكين موجب للنفقه أو شـرط فيها، إذ لا وثوق بحصول التمكين لو طلبه و المشروط عدم عند عدم شرطه، كما أن المسبب لا يحصل بدون سببه، نعم تجب عليه النفقه بناء على أن سببها العقد و الفرض حصوله، و أن النشوز مانع و الفرض عدمه.

هـذا و لكن فى المسالك و غيرها توجيه نحو ما فى المتن من عدم التمكين بأن المراد منه على ما فسـره به غيره أن تقول باللفظ: «سـلمت نفسـى إليـك فى أى وقت شـئت و أى مكان شـئت» و نحو ذلك، و لا يكفى السـكوت و إن وثق ببـذلها التمكين على تقدير طلبه منها، قال: «و تعليل المصنف بعدم الوثوق بحصول التمكين يريد ذلك، لكن العباره عنه غير جيده، بل الأولى التعليل بعدم التمكين كما ذكرناه، سواء حصل الوثوق أولا، و قد أجاد الشيخ فى المبسوط، حيث علل عدم الوجوب بقوله: لأن النفقه لا تجب إلا بوجود التمكين لا بإمكانه، و فى القواعـد جمع بين العلتين، و كان يسـتغنى بإحـداهما، و هو عدم التمكين و إن تكلف متكلف للجمع بينهما فائـده ما» و تبعه على ذلك بعض الأفاضل فاعتبر فى التمكين التصـريح باللفظ مع عـدم صدور ما ينافيه، أو الدخول بها مره و الوثوق بحصوله بعد ذلك، و فى الفرض لا تصريح و لا دخول، فلا تمكين فلا نفقه.

و فيه منع اعتبـار ذلـك فى التمكين، ضـروره صـدق حصوله عرفا بالوثوق بحصوله منها لو طلبه فى أى زمان أو مكان سواء دلت على ذلـك بقول أو فعل أو علم من حالها ذلك، و لكن عـدم النفقه فى الفرض باعتبار عـدم الوثوق بالحصول لو طلبه، و حينئذ فالصحيح ما فى المتن، بل يمكن أن يكون قد قصد بذلك التعريض بما سمعته من المبسوط، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو فرض كونها مولى عليها بالجنون مثلا قيل: اعتبر فى التمكين التصريح من وليها المتمكن منها ببذلها للزوج فى كل مكان أو زمان، و لا يجدى بذلها نفسها، و فيه أن إطلاق الأدله يقتضى الاجتزاء به، ضروره صدق كونها حينئذ امرأه ممكنه، فيثبت حقها على الرجل الذى هو سد جوعتها و ستر عورتها، و ليس هذا من التسبيب المسلوب فى أفعال المجنون و أقواله، بل هو أشبه شى ء بالحكم الشرعى المترتب على حصول موضوعه بأى طريق كان، و عدم كونها ممن يصح تصرفها غير قادح بعد استحقاق الزوج قبضها، و لا اعتبار فى كون المقبوض من أهل الإقباض، كما لو دفع ثمن المبيع و قبضه من صبى أو مجنون أو وجده فى الطريق، و كذا لو كان الزوج مجنونا و قد بذلت الامرأه نفسها له على وجه يصدق تمكينها كفى فى مطالبه الولى بالنفقه، للإطلاق المزبور، فتأمل جيدا.

[تفريع على التمكين لو كان غائبا فحضرت عند الحاكم و بذلت التمكين لم تجب النفقه إلا بعد إعلامه]

تفريع على التمكين: لو كان الزوج غائبا بعد أن مكنته الزوجه وجبت نفقتها عليه بلا خلاف و لا إشكال مع فرض بقائها على الصفه التى فارقها عليها، و إن كان قد غاب و لم يكن قد دخل بها فحضرت عند الحاكم مثلا و بذلت التمكين الكامل لم تجب النفقه إلا بعد إعلامه المتوقف صدق التمكين عليه و وصوله إليها أو وكيله و تسليمها نفسها إياه لو أراد نقلها من مكان إلى آخر و نحو ذلك نعم لو أعلم فلم يبادر و لم ينفذ وكيلا سقط عنه نفقه زمان قدر وصوله نفسه أو وكيله إليها و ألزم ب (۱۱) نفقه ما زاد (۱۲) على ذلك، لأن الامتناع حينئذ منه، و لو أعلمته الحال من غير توسط حاكم فكذلك أيضا، بل فى المسالك لو لم يعرف موضعه كتب الحاكم إلى حكام البلاد التى تتوجه إليها القوافل من تلك البلد عاده ليطلب و ينادى باسمه، فإن لم يظهر فرض الحاكم نفقتها فى ماله الحاضر، و أخذ منها كفيلا بما يصرفه إليها، لأنه لا يؤمن أن تظهر وفاته أو طلاقه و إن كان قد يناقش بأن المتجه حينئذ سقوطها، لعدم حصول التمكين المتوقف على إعلامه المفروض عدمه، إذ المشروط عدم عند عدم شرطه، نحو ما اعترف به

فيها من وقوف النفقه فيما لو لم يظهر له خبر، أو لم يتمكن الحاكم من الإرسال و البحث عنه بناء على اعتبار التمكين، ضروره اتحادهما فى المدرك الذى هو ما عرفته.

و كيف كان ف لو نشزت و قد غاب عنها و هى كذلك ثم عادت إلى الطاعه لم تجب النفقه حتى يعلم و ينقضى زمان يمكنه الوصول إليها أو وكيله لنحو ما عرفته سابقا، بل هى فى الحقيقه من المسأله السابقه و إن فارقتها باستمرار عدم التمكين فى الأولى من حين العقد و تجدده بالنشوز فى الثانيه، و فى المسالک أنها تفارقها أيضا فى جريان حكم هذه المسأله على القولين أى القول بشرطيه التمكين و القول بكون النشوز مانعا، ضروره تحققه بخلاف المسأله السابقه، فإنها مبنيه على اعتبار التمكين، و نحوه فى كشف اللثام أيضا، و قد يناقش بمنع جريانها على القول الثانى الذى مبناه على سببيه العقد للنفقه و أن النشوز مانع، فمع فرض عودها إلى الطاعه تحقق ارتفاع المانع، فيكون السبب تام السببيه، و ليس التمكين شرطا حتى يتوقف صدقه على إعلامه، كما أن عدم النشوز و ارتفاعه لا يتوقف صدقه على إعلامه، و إنما أقصى ذلک عدم وجوب المبادره إلى الإنفاق عليه عملا بالاستصحاب، فإذا بان بعد ذلک عودها إلى الطاعه وجب عليه قضاؤها.

ثم إن ظاهر المتن و غيره الاجتزاء فى المسأله السابقه و غيرها بناء على اعتبار التمكين بإعلامه و مضى زمان قدر وصوله أو وكيله فى وجوب النفقه، من غير فرق بين حصول المانع له من الوصول بنفسه أو وكيله و لو خوف الطريق أو حبس ظالم و عدمه، و لعله لصدق التمكين حينئذ من قبلها: فهى حينئذ كما لو مكنته و قد عرض له نحو هذه العوارض و هو حاضر، فإنه لا ريب فى وجوب النفقه لها، لأن المراد به عندهم رفع الموانع من قبلها لا جعل الاستمتاع ممكنا من كل وجه، و هو صادق فى الفرض، و استثناء زمان الوصول إنما هو من جهه توقف صدق التمكين منها فى حال الغيبه عليه، إذ تمكين كل شى ء بحسبه، فمن هذه الجهه حسب عليها مقدار زمان الوصول بخلاف غيره من الموانع التى لا مدخليه لها فيهن، كما هو

واضح، فتأمل جيدا فإنه ربما دق، و الله العالم.

و لو ارتدت الزوجه الممكنه سقطت النفقه لخروجها بذلك عن الزوجيه ظاهرا فيتبعها سقوط النفقه حينئذ و لكن لو غاب و أسلمت عادت نفقتها عند إسلامها و إن كان قد انكشف بذلك عدم خروجها عن حكم الزوجيه بالارتداد السابق الذى فرض تعقبه الإسلام بالعده إلا أنه لما فوتت عليه التمكين من الاستمتاع بها بسوء اختيارها الارتداد كان ذلك موجبا لسقوط نفقتها على القولين، ضروره كونه بحكم النشوز أو أعظم منه بالنسبه إلى ذلك و إن فارقه عند المصنف و المحكى عن الشيخ بعود النفقه بعودها فى غيبته و إن لم يعلم بذلك، بخلافه فإنه لا تعود حتى يعلم و يمضى زمان وصوله أو وكيله إليها كما عرفت، و ذلك لأن الرده سبب السقوط و قد زالت فيزول المسبب بزوالها، لأن المعلول عدم عند عدم علته، فيبقى حينئذ مقتضى النفقه الذى هو العقد و التمكين بحاله، لأن الفرض عدم خروجها عن قبضته بالارتداد و إن منعه الشارع عن وطئها و الاستمتاع بها. و ليس كذلك الأولى أى الناشزه و قد غاب عنها ناشزه لأنها بالنشوز خرجت عن قبضته فلا تستحق النفقه إلا بعودها إلى قبضته و ذلك لا يكون إلا بعد إعلامه و مضى الزمان المذكور.

و ربما أشكل ذلك بأن الارتداد مانع شرعى من الاستمتاع و قد حدث من جهتها، و متى لم يعلم الزوج بزواله فالواجب عليه الامتناع منها و إن حضر، و لا يكفى مجرد كونها فى قبضته مع عدم العلم بزوال المانع الذى جاء من قبلها فأسقط النفقه، نعم هذا الفرق يتم لو كان المانعان حصلا فى غيبته و لم يعلم بهما فان نشوزها بخروجها من بيته إذا أسقط النفقه لم تعد برجوعها إلى بيته، لخروجها عن قبضته، فلا بد من عودها إليه، و لا يحصل ذلك حال الغيبه، بخلاف ما لو ارتدت ثم رجعت و لما يعلم بهما، فان التسليم حاصل مستصحب، و المانع حصل و زال و هو لا يعلم به، فلم يتحقق من جهته الامتناع منها لأجله بخلاف ما لو علم.

لكن فى المسالك «يمكن الجواب عن ذلك بأن العقد لما اقتضى وجوب النفقه

إما مع التمكين أو بـدونه و هو شـرط، فالأصل يقتضـى وجوبها إلى أن يختل الشـرط، و الارتـداد لا يحصل معه الإخلال به، لأن التمكين من قبلهـا حاصل، و إنما كانت الرده مانعا، فإذا زال المانع عمل المقتضـى لوجوب النفقه عمله، كما أشـرنا إليه، بخلاف النشوز، فان الشـرط و السـبب قد انتفى، فلا بد للحكم بوجوب النفقه من عوده، و لا يحصل إلا بتسـليم جديد، فان قيل: الارتداد لما أسـقط وجوبها توقف ثبوتها حينئذ على سبب شرعى جديد و إلا فحكم السقوط مستصحب، قلنا: السبب موجود، و هو العقد السابق المصاحب للتمكين لأنه الفرض، فالرده ما رفعت حكم العقـد، و لهـذا لو أسـلمت عادت إلى الزوجيه بالعقد السابق، فعلى هذا لا يفرق بين علمه بعودها و عدمه».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد أن كان وجه الاشـكال المزبور عدم كفايه كونها فى قبضـته مع عدم العلم بزوال المانع الذى حدث من قبلهـا و أسـقط النفقه، نعم بنـاء على مـا ذكرنـاه من أن سـقوط النفقه بالارتـداد باعتبـار فوات الزوجيه ظاهرا، و قـد انكشـف بإسـلامها فى العده بقاء السـبب الأول بحاله، و إنما سـقط نفقه المتخلل باعتبار حصول الحائل من قبلها، فلم يكن ثم حينئذ فوات تمكين كى يحتـاج فى عودهـا إلى عوده بخلاـف النشوز الـذى هو سـبب تـام فى فوات التمكين، فاحتـاج حينئـذ عود النفقه إلى عوده، و لاـ يحصـل إلاـ مع العلم به، إلاـ أن ذلك كما ترى لا يتم إلا على القول باعتبار التمكين فى النفقه، أما على القول بكون النشوز مانعـا فـالمتجه عـدم الفرق بينه و بين الارتـداد فى وجوب النفقه بمجرد ارتفـاعه، لصـدق كونها زوجه غير ناشـز، و عـدم توقف ذلك على علمه، و الفرض كونه السبب فى النفقه لا تمكينها المحتاج إلى العلم بحصوله.

اللهم إلا أن يقال: إن الموجب لها صـدق ذلك عنـده، و هو لا يكون إلا مع علمه بارتفاع النشوز، و فيه أنه مناف لإطلاق الأدله، و استصحابه نشوزها إنما يفيده عدم الإثم فى المبادره إلى نفقتها، لا سقوطها بعد أن تبين فساده بسبق ارتفاعه،

فلا محيص حينئذ عن القول بوجوبها بارتفاعه و إن لم يعلم به، فهو حينئذ كالرده على هذا القول، بل قد يقال بذلك أيضا على القول الأخر بناء على توقف حصول التمكين على العلم به، ضروره أنه و إن قلنا بأن إسلامها يكشف عن بقاء الزوجيه، السابقه، إلا أنه مع فرض عدم العلم به لا يصدق معه كونها ممكنه، و دعوى عود الزوجيه المصاحبه للتمكين السابق واضحه المنع، على أن التمكين السابق بعد أن تعقبته الرده التى لا يعلم ارتفاعها غير مجد فى حصول التمكين الفعلى الذى هو السبب فى وجوب الإنفاق، فتأمل جيدا، فان منه أيضا يظهر لك الحال فى المانعين الحاصلين فى غيبته، و أن المتجه عدم سقوط النفقه بهما معا من غير فرق بين الرده و النشوز، و ذلك لعدم صدق فوات التمكين المفروض استصحابه و مقارنته للواقع و إن تخلل فى أثنائه ما كان يحتاج إلى العلم بارتفاعه فى تحقق التمكين لو كان قد علم به، نعم لا بأس بالقول بسقوط النفقه زمان التخلل، لانتفاء التمكين الذى هو سبب أو شرط فى النفقه، بل هو كالعوض عنها، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا ادعت البائن أنها حامل صرفت النفقه إليها يوما فيوما]

اشاره

المسأله الرابعه:

إذا ادعت المطلقه البائن أنها حامل صرفت النفقه إليها يوما فيوما جوازا أو وجوبا، لأن ابتداءه لا يعلم إلا من قبلها، فلو لم يجب الإنفاق عليها بادعائها لزم الحرج بحسبها عليه من غير إنفاق، مع نهيهن عن كتمان ما خلق الله فى أرحامهن (۱)و الأمر بالإنفاق على أولات الأحمال (۲)مع كون المرجع فيه غالبا إلى ادعائهن، و لأن ذلك جمع بين حقها و حقه المنجبر بالرجوع عليها لو تبين عدمه، و العكس ينافيه الإضرار بها مع حاجتها إلى النفقه، أو مطلقا لو قلنا:

إن النفقه للحمل الذى لا تقتضى نفقته باعتبار كونه من الأرحام.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۲۸.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

لکن عن الشیخ فی المبسوط تعلیق الوجوب علی ظهور الحمل، و السرائر علی شهاده أربع قوابل، و فی المسالک «لعله أجود، لانقطاع وجوب الإنفاق علی الزوجه بالطلاق البائن، و الوجوب معه مشروط بالحمل، کما هو مقتضی قوله تعالی (۱)«وَ إِنْ کُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ» و الأصل عدمه، و هذا الوصف لا یتحقق بمجرد الدعوی».

و فیه أن محل البحث فی قبول دعواها و عدمه، إذ علی فرضه لا تنفع قاعده الشرط و لا غیرها، لکونه حینئذ طریقا شرعیا للحکم بتحققه، کما أنه لا وجه للوجوب مع عدمه لما ذکر، و دعوی المقدمیه المنافیه لقاعده الشرطیه فی نحو المقام واضحه الفساد، لعدم تحقق الخطاب بذی المقدمه، کوضوح فساد دعوی کون المقام من قاعده کل ما لا یعلم إلا من قبل المدعی، ضروره عدم الفرق بین المدعی و غیره فی عدم معرفه الواقع علی وجه الیقین، و فی اشتراکهما فی الطمأنینه بالأمارات الظاهره علی وجه یصدق علیها أنها حامل، کما فی غیر المقام مما علق علیه حکم للحمل، و الظاهر أن ذلک هو المدار فی وجوب الإنفاق، فإن صادف و إلا استعید، کما ستعرف.

و کیف کان فان تبین الحمل فذاک و إلا استعیدت النفقه،

لعموم «علی الید»(۲)

و «من أتلف»(۳)

و التسلیط الذی وقع منه مقید بکونه نفقه علی حامل لا- مطلقا، و دعوی تنزیل خطاب النفقه علی مظنونه الحمل بعدم العلم یدفعها إمکان تنزیلها علی الواقع، کما هو مقتضی عنوان کل خطاب، و الظن إنما هو طریق للإلزام بالمبادره، فما فی الریاض- من أن الأظهر عدم الرجوع بالمأخوذ للأصل إلا إذا دلست علیه الحمل فرجع به للغرور- واضح الضعف، ضروره أن الإنفاق خلاف الأصل بعد أن کان النص (۴)الإنفاق علی أولات الأحمال، فلما

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵ و کنز العمال ج ۵ ص ۳۲۷ الرقم ۵۷۱۳.

۳- ۳ راجع التعلیقه من ص ۹۱.

۴- ۴ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

ظهر فساد الظن علم الخروج من النص، و استحقاقها بالظن إنما كان استحقاقا مراعى.

و من ذلك يعرف أيضا ما فى المحكى عمن لم يوجب التعجيل من أنه إن عجل بأمر الحاكم استرد، و إلا فان لم يذكر عند الدفع أنه نفقه معجله لم يسترد، و كان تطوعا، و إن ذكر و شرط الرجوع استرد، و إلا فوجهان، أصحهما الرجوع نعم هل تطالب الامرأه بكفيل لاحتمال ظهور الخلاف؟ وجهان، و فى المسالك لا يخلو أولهما من قوه، للجمع بين الحقين، و فيه أن ثانيهما أقوى بعد فرض وجوب الدفع، لإطلاق الأدله و أصل البراءه، و الله العالم.

و كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أنه لا ينفق على بائن غير المطلقه الحامل للأصل و النصوص (۱)السابقه و قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه:

ينفق على البائن الحامل مطلقا لأن النفقه للولد و قد عرفت ضعفه بما لا مزيد عليه، و أن مبناه دعوى وجوبها للمطلقه الحامل لأجل الحمل من حيث كونه ولدا للمتعلق لا لأجلها، فتجب حينئذ حتى للحامل من نكاح فاسد شبهه، و إطلاق الأخبار وجوبها على الحامل (۲)و هى واضحه الفساد، ضروره رجوع الأول إلى القياس المحرم عندنا، إذ الآيه(۳)كالصريحه فى الحامل المطلقه و ليس فيها و لا فى غيرها من النصوص إشاره إلى كون النفقه للحمل، و إنما المعلوم منها كونها للحامل و إن كان ذلك بسبب الحمل، بل قد عرفت فيما مضى أنه لا وجه لدعوى كون النفقه للحمل نفسه، و أما الأخبار التى ادعى عمومها فلم نعثر فيها إلا على

خبر محمد بن قيس (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام «الحامل أجلها أن تضع حملها، و عليها نفقتها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب النفقات.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب النفقات.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من أبواب النفقات الحديث ۳ عن أبى جعفر عليه السلام كما فى التهذيب ج ۸ ص ۱۳۴ و الكافى ج ۶ ص ۱۰۳

بالمعروف حتى تضع حملها»

المحتاج إلى جابر و ليس، الممكن بل لعله الظاهر إراده المطلقه فيه، فلا وجه للخروج عن الأصل بمثله و مثل تخريج العله المزبوره.

و من ذلك يظهر لك حال ما فى قواعد الفاضل من الإشكال فى نفقه الحامل البائنه بفسخ العيب مثلا بناء على أنها للحامل و الجزم بها بناء على أنها للحمل كما تقدم سابقا، فلاحظ و تأمل.

[فرع على قول الشيخ إذا لاعنها فبانت منه و هى حامل فلا نفقه لها لانتفاء الولد]

فرع على قوله أى الشيخ ره إذا لاعنها لنفى الولد فبانت منه و هى حامل فلا نفقه لها لانتفاء الولد عنه باللعان، فهى كالحائل بالنسبه اليه على القولين، نعم لو كان لعانها للقذف مع الاعتراف بالولد اتجه بناء نفقتها حينئذ على القولين، فان قلنا: إنها للحمل وجب هنا، لوجوب الإنفاق عليه لولده، و إن قلنا إنها للحامل سقطت، لعدم الدليل على إلحاق البائنه بغير الطلاق به.

و كذا لو طلقها ثم ظهر بها حمل فأنكره و لاعنها فإنها و إن كانت مطلقه إلا أنها صارت كالحائل بالنسبه إليه بعد نفى الولد باللعان. فلا نفقه حينئذ لها على القولين أيضا و لو أكذب نفسه بعد اللعان و استلحقه لزمه الإنفاق بناء على أنه للحمل، لأنه حينئذ من حقوق الولد الذى لحقه بإقراره، فيجب حينئذ النفقه لأمه قبل الوضع، نعم ظاهر المصنف بل هو صريح المسالك عدم وجوب النفقه فيما لو أكذب نفسه بناء على أنها للحامل فى الصورتين، و قد يناقش فيه بأن الثانيه حينئذ مطلقه حامل فالمتجه وجوب النفقه لها على كل حال. اللهم إلا أن يقال: إنها باللعان صارت بائنه بغير الطلاق أيضا، و قد عرفت أنه لا نفقه للبائنه بغيره و إن كانت حاملا، و فيه منع إبطال اللعان صدق

كونها مطلقه حاملا، و حينئذ فالمتجه الوجوب لها بل و قضاء ما فات منها، كما أن المتجه عدم وجوب قضاء ما فات بناء على أنها للحمل، لكونها حينئذ من نفقه الأقارب التى لا تقضى.

لكن عن المبسوط أن لها الرجوع بذلك و بما أنفقته عليه بعد الوضع، و لعله لأن النفقه و إن كانت للحمل إلا أنها مصروفه إليها، فهى صاحبه حق بها، فتكون دينا كنفقه الزوجه، و لأنه السبب فى الحكم حاكم بوجوب النفقه عليها، فيضمن لكونه أقوى من المباشر، بل اللعان من الشهاده التى من حكمها ضمان الشاهد بما يتلف بسبب شهادته لو رجع عنها.

إلا أن الجميع كما ترى، ضروره عدم كون اللعان من الشهاده و إن أطلقت عليه، و عدم استناد نفقتها على الولد إلى الحكم حاكم بها عليها، هذا كله بناء على أنها للحمل.

أما على القول بأنها للحامل فلا نفقه لها أصلا فى الصورتين و إن كان قد أكذب نفسه بصيرورتها حينئذ بائنا باللعان الذى هو غير الطلاق، و هو واضح كوضوح جريان الكلام منا هنا على مذاقهم فى تفسير كونها للحمل أو للحامل، لا على ما قلناه سابقا، فلاحظ و تأمل.

[المسأله الخامسه نفقه زوجه المملوك تتعلق بكسبه أو رقبته]

المسأله الخامسه قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه ما حاصله أن نفقه زوجه المملوك المأذون فى التزويج تتعلق بكسبه إن كان مكتسبا و برقبته إن لم يكن مكتسبا و يباع منه فى كل يوم بقدر ما يجب عليه منها إن أمكن، و إلا بيع كله كما فى الجنايه، و وقف ثمنه للإنفاق، و قد انتقل ملك سيده منه إلى آخر.

و قال آخرون تجب النفقه فى ذمته يتبع بها بعد العتق و اليسار

و لو قیل تلزم السید لوقوع العقد باذنه و الإذن فی الشی ء إذن فی لوازمه کان حسنا بل هو المحکی عن ابنی حمزه و إدریس، بل و ابن الجنید، و قد تقدم سابقا الکلام فیه.

و قال الشیخ ره أیضا و لو کان مکاتبا لم تجب علیه نفقه ولده من زوجته، و تلزمه نفقه الولد من أمته التی اشتراها باذن السید لأنه حینئذ بحکم ماله فتجب علیه نفقته من کسبه کنفقه الحیوان المملوک له، و لا ینعتق علیه، لعدم استقرار ملکه علیه بخلاف الولد من الزوجه، فإنه إن کانت حره کان الولد حرا، و نفقته علی أمه حینئذ لکون الأب مملوکا لا یقدر علی شی ء، و إن کانت أمه و قد اشترط مولاها الانفراد بالرق کان الولد ملکا له، فتجب نفقته علیه، و إلا کان مشترکا بین المولیین، فتجب نفقته علیهما دونه، و لکن الانصاف مع ذلک قد یستشکل فی الأول کما فی کشف اللثام بأنه لا دلیل علی جواز الإنفاق ثم لزومه علی مملوک السید من ماله بغیر إذنه اللهم إلا أن مقتضی الکتابه ذلک، و علی کل حال لا نفقه علیه لولده الحر.

نعم لو تحرر منه أی المکاتب شی ء کانت نفقته (۱۱) أی الولد الحر فی ماله بقدر ما تحرر منه (۱۲) لأن الرق مانع من الوجوب، فإذا زال بعضه زال بعض المانع و ثبت بعض الممنوع، و إن کان له التصرف فی نصیبه مما یملکه کیف شاء و أمکنه تمام الإنفاق منه، فما عن العامه من الوجه بوجوب تمام النفقه فی غیر محله، و أما نفقه زوجه المکاتب فالظاهر أنها باقیه علی السید إلی أن یتحرر أجمع فیکون علیه، أو بعضه فعلیه بقدر ما تحرر منه، فما فی المسالک من وجوبها فی کسبه لا دلیل علیه.

[المسأله السادسه إذا طلق الحامل رجعيه فادعت أن الطلاق بعد الوضع و أنكر فالقول قولها مع يمينها]

المسأله السادسه:

إذا طلق الحامل التی علم أنها كـذلک فی زمان من الأزمنه رجعيه فادعت أن الطلاق قـد كان بعـد الوضع فلها النفقه عليه لكونها حينئذ فی العده و أنكر هو ذلک و ادعی أن طلاقها قد كان قبل الوضع فلا نفقه لها لخروجها عن العده به حينئذ فالقول قولها مع يمينها لأصاله تأخره، و أصاله بقائها فی العـده و بقاء النفقه و لكن يحكم عليه بالبينونه منها و عدم الرجوع له بها تدیینا له بإقراره المسـموع فی حقه دون حق غيره و لهـا النفقه حينئـذ عليه و إن كـانت بائنـا فی حقه و خارجه من العـده استصـحابا لـدوام حكم الزوجيه.

(۱۱) و لو انعكس الفرض بـأن ادعی هو تـأخير الطلاق لإراده إثبات حق الرجعه بها و أنكرت هی ذلک و ادعت أنه قبل الوضـع كان القول قوله بيمينه، لما عرفت لكن ليس لها المطالبه بالنفقه، لاعترافها بعدم استحقاقها.

هـذا و ظاهر إطلاق المصـنف عـدم الفرق فی الحكم المزبور بين اتفاقهما علی تاريخ أحدهما و عدمه، لكن فی المسالک «و لو قيـل بتخصـيص هـذا الحكم بما إذا لم يعينا زمانا لأحـدهما أما لو اتفقا عليه و اختلفا فی تقـدم الآخر و تأخره فالقول قول مـدعی تـأخره مطلقـا لأصاله عـدم تقـدمه و اسـتقرار حال ما اتفقا عليه كان حسـنا فلو فرض أن الطلاق وقع يوم الجمعه مثلا و اختلفا فی زمـان الوضع، و ادعت أنه يوم الخميس فی المسـأله الأـولی و ادعی هو وقوعه يوم السـبت مثلاـ فالقول قوله، لأصاله عـدم تقـدم الوضع، و لو انعكست الـدعوی بـأن ادعت هی تـأخره و ادعی هو تقـدمه فـالقول قولها لما ذكر، و لو اتفقا علی وقوع الوضع يوم الجمعه مثلا و اختلفا فی تقدم الطلاق و تأخره فالقول قول مدعی التأخير فی المسألتين».

و فيه أن مفروض البحث تقدم الطلاق و تأخره، و لا ريب فی أن القول قول من

یـدعی تأخره، و الوضع و عـدمه لا مـدخلیه له فی ذلک، و إنما هو من المقارنات و لازم إحدی الدعویین نعم لو کان الاختلاف بینهما فی دعوی تقدم الطلاق علی الوضع و تقدم الوضع علی الطلاق اتجه ما ذکره حینئذ.

مع أنـا نقول أیضـا علی تقـدیره فیه مـا ذکرنـاه غیر مره من أن أصـاله تـأخر الحـادث إنما تقضـی تأخره فی نفسه لا عن مفروض الـدعوی و إلاـ کـانت من الأـصول المثبته المعـارضه بمثلها، إذ الأصل أیضا عـدم تأخره عنه، لکونه من الحوادث أیضا فالتحقیق حینئـذ عـدم الفرق بین العلم بزمـان أحـدهما و عـدمه الـذی قـد عرفت حکمه، و أنه لاـ یحکم فیه بالاـقتران الـذی هو أیضـا من الحوادث، و الأصل عدمه.

و بـذلک ظهر قوه إطلاـق المصـنف و ضـعف التقییـد المزبور، و أضـعف منه ما حکاه هو أیضا قال: «و ربما قیل بأنه مع الاتفاق علی أحدهما و الاختلاف فی الأخر یقدم قول الزوج فی الطلاق مطلقا لأنه من فعله، و قولها فی الوضع مطلقا کذلک»(۱)ضروره عدم الدلیل علی قبول کل ما کان من فعل المدعی و إن کان لا یعسر اطلاع الغیر علیه، بل ظاهر الأدله التی

منها «البینه علی المدعی»(۲)

خلافه، کما هو واضح.

[المسأله السابعه إذا کان له علی زوجته دین جاز أن یقاصها یوما فیوما إن کانت موسره]

المسأله السابعه:

إذا کان له علی زوجته دین و امتنعت عن أدائه جاز له أن یقاصـها یوما فیوما إن کانت موسـره لإطلاق الأدله فینوی الاستیفاء بما لهـا علیه فی صبیحه کـل یوم یوم، و لاـ یجوز له ذلـک مع عـدم امتناعهـا، لأن التخییر فی جهات القضاء من أموالها إلیها، إلا أن یفرض التهاتر قهرا بأن یکون له علیها مثل النفقه التی تستحقها منه.

۱- ۱ هکذا فی النسخه الأصلیه و فی المسالک «لذلک».

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم من کتاب القضاء.

و کذا لا یجوز له المقاصه مع إعسارها لأن قضاء الدین فیما یفضل عن القوت و لذا استثنی للمفلس، نعم لو رضیت هی بذلک لم یکن له الامتناع إلا مع المخالفه لجنس الحق أو مع التضرر له بضعفها عن حقه.

بقی شی ء، و هو أنه لو فرض مساواه ماله علیها لما تستحقه علیه هل یقع التهاتر قهرا و إن کانت معسره؟ یحتمل ذلک، و استثناء القوت إنما هو فیما لو استوفی لا ما إذا حصل الوفاء قهرا، باعتبار عدم تصور أنه یملک علیه ما یملکه علیه، إذ لیس هو إلا کلی واحد، و حینئذ فلا ینقدح إشکال فی قوله: «و لو رضیت بذلک» إلی آخره بأن یقال مع اتحاد الجنس یقع التهاتر قهرا، و مع اختلافه له الامتناع حینئذ فتأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله الثامنه نفقه الزوجه مقدمه علی الأقارب]

المسأله الثامنه نفقه النفس مقدمه علی نفقه الزوجه عند التعارض بلا خلاف و لا إشکال، لأهمیه النفس عند الشارع. و الزوجه مقدمه علی الأقارب لکونها من المعاوضه، و لذا تجب لها مع غناها و فقرها مع غنی الزوج و فقره، و لو بأن تکون دینا علیه، بخلاف نفقه الأقارب التی هی من المواساه، و لذا لا تقضی و لا تکون دینا مع الإعسار، و حینئذ فما فضل عن قوته صرفه إلیها ثم لا یدفع إلی الأقارب إلا ما یفضل عن واجب الزوجه ل ما عرفت من أنها نفقه معاوضه و تثبت فی الذمه نعم تقدم نفقه الأقارب علی ما فات من نفقه الزوجه الذی قد صار دینا، بخلاف النفقه الحاضره التی هی أعظم من الدین، و لذا قدمت علیه فی المفلس، فما عن بعض الشافعیه- من تقدیم نفقه الطفل علی الزوجه- فی غیر محله، و أضعف منه احتمال تقدیم نفقه القریب مطلقا علیها باعتبار کونها من الدیون التی تقدم نفقه القریب علیها کما فی المفلس، و ربما أید بما

روی (۱)من «أن رجلا جاء إلی

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۷ ص ۳۶۶ و لیس فیه «أنفقه فی سبیل الله» و انما هو مذکور فی الروایه التی رواها الشیخ قده فی المبسوط ج ۶ ص ۳.

النبی صلی الله علیه و آله و سلم فقال: معی دینار فقال: أنفقه علی نفسک، فقال: معی آخر، فقال:

أنفقه علی ولدک، فقال: معی آخر، فقال: أنفقه علی أهلک، فقال: معی آخر، فقال: أنفقه علی خادمک، فقال: معی آخر، فقال: أنفقه فی سبیل الله»

فقدم نفقه الولد علی الأهل کما قدم نفقه النفس علیه، إلا أن الجمیع کما تری، خصوصا بعد کون الخبر من غیر طرقنا و محتملا للإنفاق علی وجه التبرع توسعا فی النفقه، کما یومئ إلیه ما فی آخره الذی لم یعلم وجوبه، و الله العالم.

[القول فی نفقه الأقارب]

اشاره

و أما القول فی نفقه الأقارب فتفصیل البحث و تمام الکلام فیه یکون فیمن ینفق علیه و کیفیه الإنفاق و اللواحق.

[الکلام فی من ینفق علیه]

أما الأول ف تجب أی النفقه علی الأبوین و الأولاد إجماعا من المسلمین فضلا عن المؤمنین و نصوصا مستفیضه أو متواتره،

قال حریز(۱): «قلت لأبی عبد الله علیه السلام: من الذی أجبر علیه و تلزمنی نفقته؟ فقال: الوالدان و الولد و الزوجه»

و نحوه صحیح الحلبی (۲)لکن مع زیاده «و الوارث الصغیر، یعنی الأخ و ابن الأخ و غیره»

قال محمد بن مسلم (۳): «قلت لأبی عبد الله علیه السلام: من یلزم الرجل من قرابته ممن ینفق علیه؟ قال: الوالدان و الولد و الزوجه».

و فی مرسل جمیل (۴)عن أحدهما علیهما السلام «لا یجبر الرجل إلا علی نفقه الأبوین و الولد، قلت لجمیل: فالمرأه؟ قال: روی بعض أصحابنا و هو عنبسه بن ابن مصعب و سوره بن کلیب عن أحدهما علیهما السلام أنه إذا کساها ما یواری عورتها و أطعمها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحدیث ۹. راجع الفقیه ج ۳ ص ۵۹ الرقم ۲۰۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحدیث ۴.

ما يقيم صلبها أقامت معه و إلا طلقها، قال: قلت لجميل: فهل يجبر على نفقه الأخت؟ قال: إن جبر على نفقه الأخت كان ذلك خلاف الروايه»

إلى غير ذلك من النصوص المتفقه على وجوب نفقه العمودين و الأولاد.

إنما الكلام فى وجوب الإنفاق على آباء الأبوين و أمهاتهم ففى النافع تردد من الأصل و عدم دخولهم فى إطلاق الوالدين و الأبوين، و من ظهور الأصحاب عليه، بل فى كتاب المقدس البغدادى أنه حكى الإجماع عليه فضلا عن إشعار جمله من العبارات به، كما اعترف به فى الرياض و غيره، بل لم نعرف المناقشه من أحد منهم سوى المصنف هنا و النافع، مع أنه قال: أشبهه و أظهره الوجوب للظن إن لم يكن القطع بإراده من علا منهم من الوالدين و الأبوين هنا و لو بمعونه الاتفاق ظاهرا، مضافا إلى ما يشعر به

الخبر(۱)«فى الزكاه يعطى منها الأخ و الأخت و العم و العمه و الخال و الخاله، و لا يعطى الجد و الجده»

خصوصا بعد استفاضه النصوص (۲)و انعقاد الإجماع على حرمتها لواجبى النفقه، فليس النهى عن إعطائهما حينئذ إلا لوجوب نفقتهما، بل لا بد من إرادتهما من الأب و الأم حينئذ

فى الصحيح (۳)«خمسه لا يعطون من الزكاه شيئا: الأب و الأم و الولد و المملوك و الزوجه، و ذلك لأنهم عياله لازمون له».

و كذا الكلام فى أولاد الأولاد و لو البنات منهم و إن نزلوا الذى لم يتردد فيهم المصنف، بل يدل على الإنفاق عليهم مضافا إلى ما سمعت قوله تعالى (۴):

«وَ لا تَقْتُلُوا أَوْلادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَ إِيّاكُمْ» هذا كله بعد تسليم عدم انصراف إطلاق الوالدين و الأبوين و الولد لمن علا و إن نزل، و إلا كما أوضحناه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ۳ من كتاب الزكاه.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳ و ۱۴- من أبواب المستحقين للزكاه من كتاب الزكاه.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المستحقين للزكاه الحديث ۱ من كتاب الزكاه.
۴- ۴ سوره الإسراء: ۱۷- الآيه ۳۱.

فی کتاب الخمس فلا إشکال حینئذ فی أصل المسأله، و لعل المقام من الشواهد لما ذکرناه هناک أیضا، و الله العالم.

نعم لا إشکال بل و لا خلاف محقق فی أنه لا تجب النفقه علی غیر العمودین و الأولاد من الأقارب ممن کان علی حاشیه النسب کالاخوه و الأعمام و الأخوال و غیرهم بل فی الریاض الإجماع فی الظاهر علیه، للأصل و الحصر فی النصوص (۱)السابقه الذی قد سمعت الاعتراف به من جمیل و استفاضه النصوص (۲)فی إعطائهم الزکاه المنافی لوجوب الإنفاق علیهم کما عرفت، مؤیده بما عرفت من ظهور الإنفاق علیه.

و ما فی القواعد من حکایه قول بالوجوب علی الوارث لم نعرف قائله و إن أسنده شراحه إلی الشیخ، إلا أن المحکی عنه فی المبسوط القطع بخلاف ذلک، بل ظاهره الإجماع، نعم عن الخلاف احتماله، و فی محکی المبسوط إسناد الوجوب إلی روایه(۳)حملها علی الاستحباب، مع أنه أنکر جمله ممن تأخر عنه- کما قیل- العثور علیها، و إن کان فیه أنه یمکن إراده الصحیح السابق و إن کان هو أخص من ذلک أو

خبر غیاث (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «اتی أمیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه بیتیم فقال: خذوا بنفقته أقرب الناس إلیه من العشیره ممن یأکل میراثه»

الذی حمله الشیخ فی محکی الإستبصار علی الندب أو علی ما إذا لم یکن وارث غیره بحیث إذا مات أحدهما ورث الأخر لا کل وارث، مع أن المحمول علیه أخیرا أیضا لا وجه له و لا دلیل علیه، بل هو محجوج بما عرفت، و نحوه ما عن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحدیث ۴- ۹ و الباب- ۱۱- منها.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المستحقین للزکاه الحدیث ۳ و الباب- ۱۴ و ۱۵- منها.

۳- ۳ المبسوط ج ۶ ص ۳۵ ط الحدیث.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحدیث ۴.

سید المدارک من المیل إلی العمل بمضمون الصحیح (۱)السابق المتضمن لوجوب الإنفاق علی الوارث الصغیر.

ضروره عدم الالتفات إلی أمثال ذلک بعد استقرار الکلمه فی الأعصار المتعدده علی عدم الوجوب، و بعد ما سمعت من الأدله المعتضده بما یشعر به

مرسل زکریا المروی (۲)عن الخصال عن أبی عبد الله علیه السلام «من عال ابنتین أو أختین أو عمتین أو خالتین حجبناه من النار باذن الله»

و بالمروی من تفسیر العسکری علیه السلام (۳)لقوله تعالی (۴)«وَ مِمّا رَزَقْناهُمْ یُنْفِقُونَ» من الصدقات و الزکاه و الحقوق اللازمات- إلی أن قال-: و ذوی الأرحام القریبات و الإباء و الأمهات و کالنفقات المستحبه علی من لم یکن فرض علیهم النفقه و سائر القرابات»

و بعد معروفیه القول المزبور لابن أبی لیلی الذی هو من الذین جعل الله الرشد فی خلافهم، مستدلا علیه بقوله تعالی (۵)«وَ عَلَی الْوارِثِ مِثْلُ ذلِکَ» بناء علی أن المراد منه و علی الوارث للصبی، و فیه أنه خلاف الظاهر، بل المراد به الکنایه عن الصبی الرضیع، أی علیه فی ماله الذی ورثه من أبیه مثل ما کان علی أبیه من الإنفاق بالمعروف علی أمه، کما أشار إلیه فی

المروی عن أمیر المؤمنین علیه السلام (۶)«أنه قضی فی رجل توفی و ترک صبیا و استرضع له أن أجر رضاع الصبی مما یرث من أبیه و أمه»

أو المراد به الباقی، نحو

قوله علیه السلام (۷)«و اجعلهما الوارثین منی»

أی الباقین فیکون المعنی:

و علی الباقی من الأبوین مثل ذلک.

و علی کل حال فلا ریب فی عدم ظهور الآیه فیما ذکره، خصوصا بعد ما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب النفقات الحدیث ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب النفقات الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب النفقات الحدیث ۲.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآیه ۳.

۵- ۵ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۲- ۳.

۷- ۷ ورد ذلک فی الدعاء المعروف للحسین علیه السلام فی یوم عرفه الا أن فیه: «و اجعل سمعی و بصری الوارثین منی.».

أكثروا فيها من الاحتمالات، بل لم يدعوا وجها يمكن القول به إلا قال به بعضهم، فعن ابن عباس أن المراد به وارث الأب، و عن الحسن و قتاده و أبى مسلم و القاضى و غيرهم وارث الولد، و هؤلاء اختلفوا، فعن عمر و الحسن و مجاهد و عطاء و سفيان و إبراهيم أنه العصبات دون الأم و إخوه الأم، و عن قتاده و ابن أبى ليلى مطلق وارثه من الرجال و النساء على قدر النصيب من الميراث، و عن أبى حنيفه و أصحابه أنه الوارث ممن كان ذا رحم محرم دون غيرهم من ابن العم و المولى، و عن بعضهم أن المراد بالوارث الباقى من الأبوين، و عن مالك و الشافعى أن المراد به الصبى نفسه الذى هو وارث أبيه المتوفى، على معنى أن أجره رضاعه فيما له الذى ورثه من أبيه إن كان له مال، و إلا أجبرت الأم على رضاعه.

بل اختلفوا فى المراد بمثل ذلك، فقيل: إنه النفقه و الكسوه، و قيل ترك الإضرار، و قيل منهما كما عن أكثر أهل العلم، و فى

الصافى عن العياشى عن الباقر عليه السلام (۱)أنه سئل عنه أى قوله «وَ عَلَى الْوارِثِ» فقال: «النفقه على الوارث مثل ما على الوالد»

و عن الصادق عليه السلام (۲)أنه سئل عنه، فقال: «لا ينبغى للوارث أن يضار المرأه، فيقول: لا أدع ولدها يأتيها و يضار ولدها إن كان عبد لهم عنده شى ء فلا ينبغى أن يقتر عليه»

و فى الكافى عنه عليه السلام (۳)فى قوله تعالى: «وَ عَلَى الْوارِثِ» إلى آخره «إنه نهى أن يضار بالصبى أو تضار أمه فى رضاعه، و ليس لها أن تأخذ فى رضاعه فوق حولين كاملين»

إلى غير ذلك مما هو مذكور فى كتب العامه و الخاصه مما يقتضى إجمال الآيه، أو إراده غير ما نحن فيه، أو ما ذكرناه مما هو موافق لما سمعت من النص و الفتوى، فلا وجه للاستدلال بل لا ينبغى حتى على الاستحباب الذى يتسامح فيه، كما وقع من بعضهم، نعم لا بأس

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب النفقات الحديث ۳ عن أحدهما عليهما السلام.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب النفقات الحديث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۰- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ۳ راجع الكافى ج ۶ ص ۴۱.

فی حمل الخبر(۱)المزبور علیه أی النـدب أو التقیه أو طرحه، لقصوره عن المقاومه لما سـمعت من وجوه، و الاتفاق علی أنه من الشواذ التی أمرنا بالإعراض عنها، و الله العالم.

هذا و لکن تستحب نفقتهم التی هی من صله الرحم الذی قال الله تعالی شأنه فیه (۲)«وَ اتَّقُوا اللّهَ الَّذِی تَسائَلُونَ بِهِ وَ الْأَرْحامَ»

و قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم (۳): «لا صدقه و ذو رحم محتاج»

و یتأکد الاستحباب فی الوارث منهم لما عرفته من الخبر(۴)المزبور و غیره، و الله العالم.

[کیفیه الإنفاق]

و کیف کان فلا خلاف فی أنه یشترط فی وجوب الإنفاق الفقر فی المنفق علیه، بمعنی عـدم وجدانه تمام ما یقوته، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع علیه، للأصل السالم عن معارضه الأدله السابقه بعد انصرافها لغیر المفروض.

و إنما الکلام فی أنه هل یشترط مع ذلک العجز عن الاکتساب اللائق بحاله؟ الأظهر عند المصـنف بل لعله الأشهر اشتراطه بل لم أعثر فیه علی مخـالف هنـا لأـن النفقه معونه علی سـد الخله، و المکتسب قـادر فهو کالغنی (۱۱) و لـذا منع من الزکـاه و الکفاره المشروطه بالفقر،

فعن النبی صلی الله علیه و آله و سلم (۵)«لا حظ فی الصدقه لغنی و لا لقوی مکتسب»

لکن قد یناقش بمنع صدق الغنی عرفا علی القادر المعرض عن الاکتساب، بل یصدق علیه أنه محتاج، و لا دلیل علی أنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحدیث ۴.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب الصدقه الحدیث ۴ من کتاب الزکاه راجع الفقیه ج ۲ ص ۳۸- الرقم ۱۶۶ و ج ۴ ص ۲۶۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحدیث ۴.

۵- ۵ المستدرک الباب- ۶- من أبواب المستحقین للزکاه الحدیث ۲ من کتاب الزکاه و فیه «لا یحل».

بحکم الغنی شرعا، نعم لو تلبس بالاکتساب الساد لخلته کان غنیا أو بحکمه، و لعل هذا هو المراد من الخبر المزبور، بل یمکن تنزیل کلام الأصحاب أیضا علیه، کما أوضحنا ذلک فی باب الزکاه.

و من الغریب ما وقع من بعضهم هنا أن الامرأه القادره علی التکسب بالتزویج کذلک بحکم الغنی، إذ من الواضح عدم اندراج نحو ذلک فی القدره علی التکسب الذی هو بحکم الغنی، و أغرب من ذلک ما عن شرح النافع من احتمال اشتراط عدم تمکن القریب من آخذ من الزکاه و نحوها من الحقوق، و الله العالم.

و علی کل حال ف لا عبره عندنا کما عن الخلاف بنقصان الخلقه بعمی أو إقعاد و نحوهما و لا بنقصان الحکم بجنون أو صغر مع الفقر و العجز لإطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فتجب حینئذ نفقه الصحیح الکامل فی الأحکام إذا کان فقیرا غیر مکتسب، کما أنها لا تجب للأعمی و لا للمقعد و غیر الکامل مع الغنی بالمال أو بالتکسب، بل صرح بعضهم بعدم وجوبها للطفل مثلا إذا بلغ حدا یستطیع تحصیل نفقته بالتکسب بإذن الولی، و إن کان فیه ما فیه بناء علی ما سمعته منا ما لم یتلبس بذلک، کما هو واضح.

و تجب النفقه بلا خلاف أجده فیه لمن عرفت من الأصول و الفروع و لو کان فاسقا أو کافرا بلا خلاف أجده فیه، بل عن جماعه الإجماع علیه، لإطلاق الأدله و خصوصا فی الوالدین المأمور بمصاحبتهما بالمعروف مع کفرهما(۱)لکن قد یناقش بمعارضه ذلک للنهی (۲)عن المواده لمن نصب لله المحاده و لو من وجه، فان مقتضاه التساقط و الرجوع إلی الأصل المنافی للوجوب، و یدفع بأنه لا ریب فی ترجیح الأول بما سمعت من الإجماع المحکی المعتضد بفتوی الأصحاب مع إمکان منع کون ذلک مواده، خصوصا بعد الأمر بالمصاحبه بالمعروف للوالدین الکافرین، فهو حینئذ کالخاص بالنسبه إلی ذلک، و یتم بالنسبه للأولاد،

۱- ۱ سوره لقمان: ۳۱- الآیه ۱۵.

۲- ۲ سوره المجادله: ۵۸- الآیه ۲۲.

لعدم القول بالفصل.

و لعله لذا قال فى محكى المبسوط «كل سبب يجب به الإنفاق من زوجيه و نسب و ملك يمين فانا نوجبها مع اختلاف الدين كما نوجبها مع اتفاقه، لأن وجوبها بالقرابه، و تفارق الميراث، لأنه يستحق بالقرابه فى الموالاه و اختلاف الدين يقطع الموالاه» و فى المسالك «أنه أغرب المحقق الشيخ فخر الدين حيث جعل المانع من الإرث كالرق و الكفر و القتل مانعا من وجوب الإنفاق، و ربما نقل عنه أن ذلك إجماعى».

قلت: لعل وجهه وجوب نفقه المملوك على المولى دون القريب، و إسقاط التكليف عن المقتول بالقتل، و النهى عن الموادە للكافر المنافيه للإنفاق على القرابه الذى منشؤه المواساه و صله الرحم، و إن كان فى الأخير ما سمعت. و ما يقال- من أن ذلك فى الرق لا يمنع النفقه على القريب، بل أقصاه أولويه المالك منه باعتبار استيفائه لمنافعه، و إلا تجب على القريب مع فرض إعسار المولى أو تقصيره على وجه لا يمكن جبره عليها أو على بيعه- يمكن منعه بعد تخصيص أدله المقام بما دل على وجوبها على المالك، و فرض إعساره أو تقصيره لا ينافى الإنفاق على العبد برقيته و إن لم يمكن جبره على البيع، بل هو الموافق لقول المصنف و غيره و تسقط أى النفقه إذا كان مملوكا و تجب على المولى بلا خلاف أجده فيه، بل فى الرياض الإجماع على اشتراط الحريه الموافق للسقوط المفروض فى المتن، إذ المشروط عدم عند عدم شرطه، و ليس هو إلا معنى السقوط المذكور المراد منه عدم خطاب القريب بها أصلا و لو لتحكيم ما دل (۱)على كونها على المولى على أدله(۲)المقام بعد القطع بعدم وجوبها عليهما معا، فان مقتضاه حينئذ السقوط لا الخطاب بها مرتبا على حسب ما سمعت، و حينئذ فكلامه فى الرق و القتل تام على معنى سقوط النفقه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب النفقات و الباب- ۱۴- من كتاب العتق.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱ و ۱۲- من أبواب النفقات.

أما الكفر فقد يقال بتمامه أيضا فى غير محقون الدم كالمرتد عن فطره و الحربى و نحوهما، فإن الإنفاق المنافى للحكم بإزهاق نفسه غير متجه، و أما محقونه فظاهر الأصحاب و الأدله ما سمعت من وجوب الإنفاق، و لكنه غير مناف لما ذكرناه من عدمه فى غير المحقون، لكون المراد أن المخالفه فى الدين من حيث كونها مخالفه لا يقتضى سقوط النفقه كالإرث، لا أن المراد الوجوب على كل كافر، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يشترط فى وجوب النفقه على المنفق القدره عليها بعد نفقته و نفقه زوجته التى قد عرفت تقدمها على نفقه القرابه فلو فرض أنه حصل له قدر كفايته خاصه اقتصر على نفسه المقدمه شرعا و عاده على غيرها فان فرض أنه فضل منه شى ء فلزوجته كما عرفته سابقا فان فرض أنه فضل (۱۱) منه شى ء فللأبوين و الأولاد (۱۲) و لا ريب فى تحقق القدره بها على التكسب لنفقه نفسه التى يجب عليه دفع الضرر عنها، و يحرم عليه إلقاؤها إلى التهلكه، نعم فى كشف اللثام «و يدخل فى التكسب السؤال و الاستيهاب إن لم يقدر على غيره- ثم قال-: و يمكن القول بوجوب التكسب بغيره إذا قدر عليه،

لما ورد(۱)من التشديد على السؤال، و «أن المؤمن لا يسأل بالكف»

قلت: الظاهر عدم حرمه مطلق السؤال الذى هو بمعنى الاستيهاب، للأصل و السيره و غيرهما، و إنما يحرم منه ما به يحصل هتك العرض الذى يجب على الإنسان حفظه كالنفس و المال، بل هو أعظم من الأخير منهما، و إن كان قد يجب مقدمه لحفظ النفس مع فرض الانحصار فيه، فاحتمال وجوب التكسب بغيره مع التمكن فى غير محله.

و كذا يجب عليه التكسب لنفقه زوجته لوجوبها عليه معاوضه، و لوجوب الإنفاق عليها اتفاقا، مع أن الغالب فى الناس التكسب، و الأصل فى الواجب الإطلاق فما عن بعض العامه- من عدم وجوبه لها، لأنها كالدين- واضح الضعف، نعم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱ و ۳۲- من أبواب الصدقه من كتاب الزكاه.

الظاهر عدم وجه علیه بالسؤال الهاتک للعرض مع فرض الانحصار فیه، بل لا یبعد عدم وجوبه بالاستیهاب، لما فیه من المشقه التی یسقط مثل هذا التکلیف معها، بل لعل قبول الهبه من ذلک فضلا عن الاستیهاب، لما فیها من المنه.

و أما نفقه الأقارب ففی أصل وجوب التکسب لها إشکال من إطلاق الأمر بإعطاء الأجر(۱)للرضاع، و هو نفقه المولود، و إطلاق أخبار الإنفاق (۲)و أن القادر علی التکسب غنی فی الشرع، و قد اتفقوا علی وجوبها علی الغنی، و نحو

قوله صلی الله علیه و آله و سلم(۳): «ملعون من ضیع من یعول به»

و قول الصادق علیه السلام (۴)«إذا أعسر أحدکم فلیضرب فی الأرض، یبتغی من فضل الله و لا یغم نفسه و أهله»

و هو المحکی عن التحریر و المبسوط، و من الاقتصار فیما خالف أصاله البراءه و غیرها علی محل الیقین، و هو الوجوب بشرط الغنی و أن النفقه علیهم مواساه و لا مواساه علی الفقیر، و قوله تعالی (۵)«لِیُنْفِقْ ذُو سَعَهٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قُدِرَ عَلَیْهِ رِزْقُهُ فَلْیُنْفِقْ مِمَّا آتاهُ اللَّهُ» و لم یقل فلیکتسب و إن کان قد یقال أنه لبیان قدر النفقه و کیفیه الإنفاق لا الوجوب مع أنه إدخال القادر علی الاکتساب فی کل من ذی السعه و خلافه، و علی کل حال فالأقوی الأول، و للعامه قول بالفرق بین الولد و غیره، فیجب الاکتساب للولد لأنها من تتمه الاستمتاع بالزوجه، و لأن الولد بعضه، فکما یجب الاکتساب لنفسه فکذا لبعضه، و ضعفه واضح.

هذا و فی القواعد «أنه یباع عبده و عقاره فیه» أی الإنفاق علی القریب، و لعله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب أحکام الأولاد.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱ و ۱۲- من أبواب النفقات.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب النفقات الحدیث ۵.

۴- ۴ راجع الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمات التجاره الحدیث ۱۲ و المستدرک الباب- ۱- منها الحدیث ۳ و الباب- ۳- منها الحدیث ۲.

۵- ۵ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۷.

لإطلاق الأدله و عدم الاستثناء، و فيه أنه يمكن أن يكون ذلک اتكالا على ما ذكروه من تقديم نفقه النفس التى منها داره و عبده و نحوهما مما استثنى فى الدين، نعم يتجه بيع ما لا يرجع إلى ذلک منها، كما أنه يتجه استثناء نحو ذلک للمنفق عليه، فلا يكفى فى سقوط النفقه عمن هى عله وجود نحو ذلک عند من وجبت النفقه له، ضروره أنها من جمله النفقه التى يستغنى بها عن المنفق.

هذا و لا إشكال فى أنه لا تقدير فى النفقه كما لا خلاف أجده فيه هنا، بل عن جماعه الإجماع عليه، للأصل و إطلاق الأدله بل الواجب قدر الكفايه من الإطعام و الكسوه و المسكن و ما يحتاج إليه من زياده الكسوه فى الشتاء للتدثر يقظه و نوما و غير ذلک مما يحتاج إليه مما جرت العاده بإنفاقه مع اعتبار اللائق بحاله فى الجميع نحو ما سمعته سابقا فى نفقه الزوجه و إن فرق بينهما بكون المدار هنا على الحاجه، فلو فرض استغناؤه بضيافه و نحوها لم تجب له نفقه بخلاف الزوجه، و بأنه هنا إمتاع بلا خلاف أجده فيه دونه فى الزوجه التى قد عرفت اعتبار الملک فى المأكول و نحوه من نفقتها، و فى الملبوس و نحوه البحث السابق.

لكن قد يناقش بأن مقتضى صحيح شهاب (۱)المتقدم الذى هو العمده فى اعتبار الملک هناک عدم الفرق بين الزوجه و غيرها فى ملک الطعام منها، ل

قوله عليه السلام: «و ليقدر لكل إنسان منهم قوته، إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به»

و لا ينافى ذلک كون النفقه هنا للمواساه و الرحم باعتبار سد الخله الذى لا يتوقف على الملک، بل ليس له المطالبه به مع فرض الاستغناء عنه و لو بضيافه و نحوها، بخلافه فى الزوجه التى لها ادخار نفقتها و المطالبه بها و إن كانت غير محتاجه إليها، لكونها من قبيل المعاوضه، ضروره اقتضاء ذلک و نحوه عدم الملک عليه على وجه يكون كالدين له، لا أنه لا يكون ملكا له بعد أن قبضه مستحقا لقبضه له باعتبار حاجته إليه، فله حينئذ التقتير على نفسه و هبته و الصدقه به.

بل قد يقال له ذلک لو فرض استغناؤه عنه بعد قبضه له و لو ببذل أحد له ما يقوم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب النفقات الحديث.

مقامه، بل لو قلنا بعدم جواز التصرف له فيه بغير الأكل أمكن دعوى كونه ملكا له أيضا، لكنه على الوجه المخصوص، باعتبار كونه مدفوعا إليه بعنوان الإنفاق على نفسه، و الملک على وجه خاص غير عزيز فى الشرع، و قد تقدم نظيره فى كتاب الزكاه التى تدفع للفقير على وجه خاص، و ربما يؤيد ذلک إن كان القطع بالاجتزاء عن تكليف النفقه بالدفع إليه كما جزم به فى القواعد فقال: «و لو أعطاه النفقه فهلكت فى يده لم يستحق ثانيا» بل لعل ذلک كذلک و إن قصر هو و أتلفه فى غيرها، و لا يجب على المنفق البذل جديدا، و لو كان إمتاعا لكان المتجه ذلک، و إن اشتغلت ذمته بمثله له أو قيمته يؤديه له عند اليسار، نحو ما سمعته فى نفقه الزوجه الامتاعيه، و التزامه كما هو ظاهر بعض و صريح آخر بعيد عن مذاق الفقه، نعم قد يقال به و لو قلنا بكونه إمتاعا لقاعده الاجتزاء.

و على كل حال فقد ظهر لک أنه إن لم يكن إجماعا أمكن القول بالملک فى خصوص القوت، بل و غيره مما يتوقف الانتفاع على إتلاف عينه بناء على أن ذلک هو المدرک فى الملک لذلک.

و لا يجب إعفاف من تجب النفقه له ولدا كان أو والدا بتزويج أو إعطاء مهر أو تمليک أمه أو نحو ذلک مما يناسب حاله فى الإعفاف، بلا خلاف معتد به أجده فيه، للأصل السالم عن معارضه إطلاق النفقه فى الأدله السابقه بعد القطع أو الظن بعدم إراده ما يشمل ذلک من النفقه المزبوره المراد منها ما هو المتعارف فى الإنفاق من سد العوره و ستر العوره و ما يتبعهما، و المصاحبه بالمعروف المأمور بها فى الوالدين (۱)إنما يراد بها المتعارف من المعروف، و ليس هو إلا ما ذكرنا، لا أقل من الشک فى ذلک، و الأصل البراءه، فما عن بعض العامه- وجوب إعفاف الأب مع الإعسار و نقصان الخلقه و الأحكام أو مع الإعسار فقط لكونه من المصاحبه بالمعروف، بل فى المسالک حكايته عن بعض الأصحاب لذلک، و لأنه من وجوه حاجاته المهمه فيجب على الابن القيام به- واضح الضعف، و لو كان قادرا على التزويج مالكا للمهر لم يجب

۱- ۱ سوره لقمان: ۳۱- الآیه ۱۵.

على القولين و إن وجبت نفقته بعد ذلك، و في المسالك «و يشترط حاجته إلى النكاح و يقبل قوله في الرغبه من غير يمين، لكن لا ـ يحل له طلبه حيث نقول بوجوبه إلا إذا صادفت شهوته و شق عليه الصبر» و فيه أنه يمكن دعوى عدم اعتبار ذلك بناء على أنه من النفقه التي يكفي فيها تعارف ذلك بالنسبه إليه كغيره من أفراد الإنفاق، و لا مدخليه للشهوه و نحوها فيه، بل قد يقال: إن محل البحث بين الأصحاب وجوبه من حيث كونه إعفافا باعتبار أنه من النفقه عرفا، أما مع فرض الاحتياج إليه لشده شق أو أذيه في مزاج أو نحو ذلك فهو خارج عن البحث و إن كان مندرجا حينئذ في البحث عما يتفق الاحتياج إليه من دواء و نحوه مما لم يكن من النفقه المعتاده، و فيه وجهان تقدما في الزوجه المأمور بمعاشرتها بالمعروف (۱)أيضا كالمصاحبه للوالدين، و إن كان قد صرح بعضهم هناك بعدم وجوب الدواء و أجره الفصد و نحو ذلك لها، إلا أنه تقدم لك أيضا الكلام في ذلك، فراجع و تأمل، فإن كثيرا من أحكام النفقه هنا يمكن استنباطه من حكم النفقه هناك، ضروره أولويه تلك منها، و لذا تقدم عليها عند التعارض و تكون دينا كما عرفت.

و كيف كان فقد عرفت أنه يجب على الولد أن ينفق على أبيه مع الشرط في المنفق و المنفق عليه، و في بعض نسخ المتن «و على زوجه أبيه على تردد» و لم أجده لأحد من أصحابنا، بل في كشف اللثام حكايته للعامه وجها، و في آخر وجوبه لزوجه كل قريب، و في ثالث لزوجه الابن أيضا، لكن في المسالك «و نفقه الزوجه تابعه للاعفاف، فان وجب وجبت و إلا استحبت، و كذا القول في نفقه زوجه الأب التي يتزوجها بغير واسطه الابن و أوجب الشيخ في المبسوط نفقه زوجته و إن لم يجب إعفافه، لأنها من جمله مؤنته و ضرورته، كنفقه خادمه الذي يحتاج إليه».

قلت: قد يقال: إن محل البحث في وجوبها للزوجه من حيث وجوبها على الأب و التحقيق حينئذ عدم وجوبها عليه، ضروره اختصاص الأدله في وجوب نفقته لا أداء ما عليه من كفاره أو قضاء دين أو أرش جنايه أو حق زوجه أو نحوه مما يمكن

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۱۹.

أن يكون دينا عليه للميسره، و دعوى اندراج نفقتها فى نفقته الواجبه على المنفق واضح المنع، لا- أقل من الشك، و الأصل البراءه، و قياسها على نفقه الخادم و الدابه التى هى من تتمه نفقه الإخدام و المركب الواجب عليه نحو ما سمعته فى الزوجه محرم عندنا، و لو فرض حاجته إلى الزوجه التى لا بد من بذل نفقه لها و كانت عنده أو قلنا بوجوب ذلك على المنفق أمكن أن يقال: إنها واجبه من هذه الجهه، لا أنها واجبه من حيث كونها نفقه زوجه على وجه يجرى فيها البحث السابق فى ملك ما يملك منها و امتناع غيره و القضاء و نحو ذلك، فتأمل جيدا. و مما ذكرنا ظهر لك وجه التردد فى كلام المصنف.

كما أنه ظهر لك الوجه أيضا فى إعفاف الولد و النفقه على زوجته و إن كان الذى فى بعض نسخ المتن «النفقه على زوجه الأب».

و على كل حال فالنفقه على الأب دون أولاده الصغار و إن وجبت نفقتهم على الأب لو كان موسرا لأنهم إخوه المنفق الذى قد عرفت عدم وجوب نفقه حواشى النسب عليه و لكن ينفق على ولده و أولاده لأنهم أولاد حقيقه أو فى خصوص الإنفاق، لما سمعته من الأدله السابقه.

و لا تقضى نفقه الأقارب بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهر بعضهم الإجماع عليه لأنها مواساه لسد الخله الذى لا يمكن تداركه بعد فواته و إن كان عن تقصير و حينئذ ف لا تستقر فى الذمه بمضى يوم مثلا و لو قدرها الحاكم خلافا لبعض العامه.

نعم لو أمره أى الحاكم المنفق عليه بالاستدانه عليه (۱۱) أى المنفق لغيبته أو لمدافعته أو نحو ذلك فاستدان وجب (۱۲) عليه القضاء (۱۳) تنزيلا- لأمر الحاكم منزله أمره، لكونه وليا بالنسبه إلى ذلك، فلو استدان حينئذ من غير إذن الحاكم مع إمكانه لم يجب عليه لما عرفت، و لو فرض تعذر الحاكم قام مقامه عدول المسلمين، و مع تعذرهم أمكن الاجتزاء حينئذ بنيته، بل فى كشف اللثام

«تتجه الاستدانه علیه مع التعذر دفعا للحرج، و للعامه قول بوجوب الاشهاد علی استدانته إن تعذر الحاکم».

قلت: قد یشکل ذلک بعدم ثبوت ولایه لغیر الحاکم أو عدول المسلمین علی وجه یمضی علیه مثل ذلک، نعم قد یشکل أصل عدم وجوب القضاء بأن الأصل القضاء فی کل حق مالی لا دمی، و دعوی کون الحق هنا خصوص السد الذی لا یمکن تدارکه واضحه المنع بعد إطلاق الأدله المزبوره، و حرمه العله المستنبطه عندنا، علی أنه لو سلم فهو مخصوص بما إذا کان الفائت السد لضیافه أو تقتیر أو نحوهما، أما إذا کان قد فات بقرض و نحوه فان تدارکه ممکن بدفع عوض ما حصل بالسد فالعمده حینئذ الإجماع و هو مع فرض تمامیته فی غیر المفروض، فتأمل.

[تشتمل اللواحق علی مسائل]

اشاره

و کیف کان ف تشتمل اللواحق للبحث فی القول المزبور علی مسائل:

[المسأله الأولی تجب نفقه الولد علی أبیه]

الأولی فی ترتیب المنفقین: تجب نفقه الولد ذکرا کان أو غیره علی أبیه بلا خلاف و لا إشکال و إن کان معه أم موسره، لقوله تعالی (۱)«فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ» و أصاله الأب المستفاده من قوله تعالی (۲)«وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّکَ مِنْ بَنِی آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّیَّتَهُمْ» و ترک الاستفصال فی حدیث هند زوجه أبی سفیان (۳)و للإجماع علی عدم وجوب الإرضاع علی الأم، و لظاهر النصوص (۴)المزبوره التی لا یتعدی فیها إلی الأم، بل مطلق الأنثی إلا بقاعده الاشتراک المفقود هنا بالإجماع

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

۲- ۲ سوره الأعراف: ۷- الآیه ۱۷۲.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۷ ص ۴۷۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات.

و غیره نعم مع عـدمه أی الأـب أو فقره فعلی أب الأب الـذی هو أب کما عرفت دون الأم، خلافا لما عن بعض العامه، فعلی الأم الثلث و علی الجد الثلثان، فان فقد الجد أو کان معسـرا فعلی أب الجد و هکذا، و إن علا لأنه أب حقیقه أو فی خصوص النفقه، و الترتیب باعتبار آیه أولی الأرحام (۱)و ل

قول أمیر المؤمنین علیه السلام فی الخبر السابق (۲): «خذوا بنفقته أقرب الناس منه فی العشیره کما یأکل میراثه».

و لو عدمت الإباء أو کانوا أجمع معسـرین و لم یکن له ثم ولد و لو أنثی و کان معسـرا أیضا فعلی أم الولد التی هی أقرب الناس إلیه حینئذ، و مشارکه للرجل فی وجوب النفقه علی الولد المعسر بقاعده الاشتراک فی الحکم.

و مع عدمها أو فقرها فعلی أبیها و أمها و إن علوا الأقرب فالأقرب لنحو ما سـمعته فی الإباء و إن کان الأقرب أنثی و الأبعد ذکرا، بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل عن جماعه الإجماع علیه.

و مع التساوی یشترکون بالسویه فی الإنفاق و إن اختلفوا فی الذکوره و الأنوثه، للإجماع بحسب الظاهر، أو لدعوی انسیاق ذلک من خطـاب النفقه مع فرض تعـدد عنوان أفراد المنفق أو لغیر ذلـک، و لولاـه لأمکن القول بالوجوب کفایه، أو یکون التخییر بید المنفق علیه، نحو رجوع المالـک علی ذوی الأیـدی أو بالقرعه لتعین من ینفق منهم، و ذلک لاقتضاء الخطاب تکلیف کل واحد منهم بتمام النفقه لا النصف أو الثلث مع التعدد، فتأمل و إن کان لا مناص عنه بعد ما عرفت.

فعلی أبوی الأـم حینئـذ النفقه بـالسویه بخلاـف جـد الأـم و أمها فإن النفقه علی أمها، و کـذا جـدتها مع أبیها، فإنها علی أبیها، و هکـذا. نعم لو کـان معهـا أم أب شارکتهم للتساوی فی الـدرجه، أما لو کان أبو الأب معهم فإن النفقه علیه و إن علا، لأنه أب و متقرب

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸- الآیه ۷۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحدیث ۴.

بالأب، فلا يضر مساواته فى الدرجه لهم، (و بالجمله) فالتساوى فى الدرجه إنما يوجب الاشتراک فى الإنفاق فى الأقرباء من الأم و لو من جهه الأب، لا فيهم مع الأقرباء من الأب و جدهم فإن أبا الأب و أمه إذا اجتمعا كانت النفقه على أبى الأب، و فى شرح المقدس البغدادى بعد نفى الخلاف عن ذلک كله قال: «نعم يبقى حكم أبى أم الأب، فلم يتعرضوا له، فيبقى على أصل البراءه».

قلت: قال فى المسالک: «قد ذكر الشيخ و غيره من الأصحاب أن حكم آباء أم الأب و أمهاتها و إن علوا حكم آباء الأم و أمهاتها، فيشتركون بالسويه مع التساوى فى الدرجه، و يختص الأقرب منهم بها مع عدم التساوى» و فى محكى المبسوط «أنه متى اجتمع اثنان ينفق كل واحد منهما على الآخر إذا انفرد لم يخل من ثلاثه أحوال: إما أن يكونا من قبل الأب أو من قبل الأم أو منهما، فان كانا من قبل الأب نظرت فان اشتركا فى التعصيب فلا يكونان على درجه، و لا بد أن يكون أحدهما أقرب، و الأقرب أولى، و إن تساويا فى القرب و انفرد أحدهما فى التعصيب مثل أم أب و أبى أب فالعصبه أولى، فإن كان الذى له العصبه أبعدهما فهو أولى عندهم، و لو بعد بمأه درجه، و عندنا أن الأقرب أولى، و إن لم يكن لأحدهما تعصيب و لا يدلى بعصبه فان كانا على درجه واحده فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى بلا خلاف، و إن لم يكن أحدهما عصبه لكن أحدهما يدلى بعصبه مثل أم أم أب و أم أبى أب فهما سواء عندنا، و قال بعضهم:

من يدلى بعصبه أولى، فإن كانا من قبل الأم معا نظرت فان كانا على درجه فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى، سواء كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكرا و أنثى، لأن الكل من ذوى الأرحام، و إن كانا من الشقين معا فان كان أحدهما عصبه فهو أولى عندهم، و إن تعدد عندنا هما سواء، و الأقرب أولى، و إن لم يكن أحدهما عصبه و لا يدلى بعصبه فان كانا على درجه فهما سواء، و إن كان أحدهما أقرب فالأقرب أولى، مثل أم أم و أم أم أب، فإن كان أحدهما يدلى بعصبه فان كانا على درجه واحده مثل أم أم و أم أب فهما سواء عندنا، و قال

بعضـهم: أم الأب أولى، و إن اختلفا فی الـدرجه فالأقرب أولى، مثل أم و أم أب أو أم أم و أم أبی أب فالأقرب أولى» و إن كان هو أيضا كما ترى، و ذلك لأن ما ذكره فی القسم الأول من أولويه الأقرب و إن كان الأبعـد عصـبه مخالفا لما سـمعته من أن أبا الأب و إن علا أولى من أم الأب، و ما ذكره فی القسم الثالث من أنه إن كان أحدهما عصـبه فهما سواء عندنا يخالف ما سـمعته أيضا من أن أبا الأب أولى من أم الأم، بل و لما قطع به نفسه من أن أبا الأب و إن علا أولى بالإنفاق من الأم.

و على كل حال فلا ريب فی أن ما ذكرناه أولى، و هو أن الأبوه و إن علت مقـدمه فی الإنفاق لكنها مترتبه على الأم و إن قربت، ثم الأـم بلاـ واسـطه، ثم من تقرب بهـا من أبويهـا و أبوی أم الأب يشتركون بها مع التساوی فی الـدرجه، و يختص الأقرب منهم فالأـقرب مع الاختلاف فيها، فإنه المسـتفاد من الفتاوى و آيه أولی الأرحام (۱)و الخبر(۲)المزبور و غير ذلك، و اقتصار بعضـهم على أم الأـب إنمـا هو فی مقام بيان الـدرجه بعـد انتفاء الأم، و ليس بها حينئـذ إلا أمها و أباها و أم الأب لأن أبا الأب داخل فی الأبوه التی قد علمت تقدمها على الأمومه، و فی الدرجه الثانيه أبو أم الأب و أمها و أبو أم الأم و أمها و أبو أبيها و أمه و هكذا.

نعم هذا كله إذا لم يكن له ولد و إلا كان شريكا بالسويه للأب فی النفقه و تختص به مع عدم الأب،

فعنه صلى الله عليه و آله و سلم (۳)«إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه و أن ولده من كسبه»

و عنه صـلى الله عليه و آله و سـلم (۴)«إن أولاـدكم هبه من الله لكم، يَهَبُ لِمَنْ يَشـاءُ إِناثـاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ الـذُّكُورَ، و أموالهم لكم إذا احتجتم إليها»

بل مرتبه البنوه

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸- الآيه ۷۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحديث ۴.

۳- ۳ سنن البيهقی ج ۷ ص ۴۷۹ و ۴۸۰.

۴- ۴ سنن البيهقی ج ۷ ص ۴۸۰.

بالنسبه إلی ذلک کالأبوه، و حینئذ فالأب یختص بها مع عدم الولد و إن کان له ولد ولد، لکونه الوالد حقیقه، نعم یشترک ولد الولد مع الجد، فهم بالنسبه إلی ذلک کالطبقه الواحده، الأقرب منهم أیضا بدرجه أولی من الأبعد، و یشترکون فیها مع التساوی، و لکن هی مقدمه علی الأمومه، فلو کان له ابن و أم فالنفقه علی الابن دونها، بل و کذا البنت، لکن ستسمع التردد فیها من بعضهم، بل ذکر غیر واحد أن فی اشتراک الأم و الولد الموسرین فی نفقه الولد المعسر و اختصاص الولد بها وجهین، من اتحاد الرتبه و کون الولد مقدما علی الجد المقدم علیها و إن کان الأقوی الأخیر منهما.

و علی کل حال فقد تلخص من جمیع ذلک أنه لو کان له أب وجد فالنفقه علی أبیه الذی هو الوالد و المولود له و الأقرب، دون جده، و لو کان له أم و جده من قبل الأب أو الأم فالنفقه علی الأم التی هی أحد الوالدین، دون الجده، و لو کان له أم و جد لأب فالنفقه علیه، دون الأم، لما عرفت من أن الأبوه هی الأصل.

و لو کان له أولاد موسرون تشارکوا فی الإنفاق و قدر النفقه إن کانوا ذکورا أو إناثا، لاشتراک العله من غیر رجحان، و لو کانوا ذکورا و إناثا ففی القواعد و کشف اللثام احتمل التشریک، للتساوی فی الولاده و الکون من کسبه، إما بالسویه لانتفاء المرجح أو علی نسبه المیراث، لقوله تعالی (۱)«وَ عَلَی الْوارِثِ مِثْلُ ذلِکَ» و ل

قول أمیر المؤمنین صلوات الله و سلامه علیه (۲): «خذوا بنفقته أقرب الناس إلیه فی العشیره کما یأکل میراثه»

و احتمل اختصاص الذکور، لأنهم لما کانوا أکثر میراثا کانوا أقرب، بل قد یؤید أن علی الأب الإنفاق دون الأم إذا اجتمعا، و أن

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۳۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب النفقات الحدیث ۴.

«الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ»(۱)و أنهم أقدر منهن على الكسب، بل لعل الأصل فى الإنفاق الرجال، إلا أن الجميع كما ترى لا يصلح الخروج به عما دل على النفقه على الولد الشامل للذكر و الأنثى المقتضى للاشتراك بالسويه مع التعدد.

و لو كان له ابن موسر فعلا و الأخر مكتسب فهما سواء للإطلاق، لكن فى القواعد على إشكال، و هو فى غير محله مع فرض كون الكسب كاليسار فعلا.

و لو كان له بنت و ابن ابن فالنفقه على البنت التى هى أقرب، لكونه والدها.

و لو كان له أم و بنت ففى القواعد احتمل التشريك أى إما بالسويه أو على نسبه الميراث، و اختصاص البنت بالنفقه، قلت: و هو الأقوى، لأنه من كسبه، و لوجود ما يدل على عدم الوجوب على الأم من الكتاب (۲)و السنه(۳)بخلاف البنت المأموره بالمصاحبه بالمعروف التى هى أقرب و أكثر ميراثا.

و لو كان له أب و ولد ولد فالنفقه على الأب، و لو كان له جد و ولد ولد له اشتركا فيها على حسب ما عرفت، و الله العالم.

[المسأله الثانيه فى ترتيب المنفق عليه]

المسأله الثانيه فى ترتيب المنفق عليه، و قد عرفت فيما تقدم أن النفس أولى، و لكن هل يدخل فى النفس نفقه المملوک المحتاج إليه و الدابه المحتاج إليها، فتقدم حينئذ على نفقه الزوجه فضلا عن الأقارب؟ وجهان، لا يخلو أولهما من قوه، ثم الزوجه ثم الأقارب، فإن فضل عنده ما يكفى الجميع وجب من غير فرق بين الإباء و إن علوا من جهه الأب أو من جهه الأم و بين الأولاد و إن نزلوا ذكورا أو إناثا أو أولاد ذكور أو إناث مع فرض تحقق الشرط، و هو يساره و حاجتهم و لو لعدم

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۳۳.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷۱- من أبواب النفقات الحديث ۱.

ما ينفق عليهم ممن هو أولى بالوجوب منه، نعم هم مترتبون مع فرض القصور، فالأبوان و

الأولاد المتساوون فى الدرجه مقدمون على غيرهم، فان فضل فللأجداد و أولاد الأولاد، و هكذا يتساوون الواقعون فى درجه قريبه أو بعيده فى النفقه، فإذا فضل عن الأدنى درجه ارتقى إلى الأبعد، و إن لم يفضل اقتصر على الأدنى.

ف إذا كان له أبوان و فضل له ما يكفى أحدهما كانا فيه سواء مع فرض انتفاعهما به و كذا لو كان ابنا و أبا لما عرفت من أنهم مستوون فى الدرجه و وجوب الإنفاق عليهم من حيث الوالديه و الوالديه متحد، نعم لو كان أبا و جدا أو أما و جده مثلا خص به الأقرب الذى هو أولى بالمعروف، و لو فرض عدم الانتفاع فى الفاضل لأحد من كان فى الدرجه مع شركه غيره فالوجه القرعه، لأن النفقه عليهم إنما هى لسد الخله، فإذا لم ينسد خله الجميع لزمه الإنفاق على من تنسد به خلته واحدا أو أكثر، و لا يمكن الترجيح إلا بالقرعه، و ليست كالدين الذى يقتسمه الديانه و إن لم ينتفع أحد منهم بما يأخذه، لكن عن المبسوط و السرائر احتمال القسمه للاشتراك فى الاستحقاق، و اختصاص القرعه بما ينحصر المستحق فيه فى واحد و لم يتعين، و يندفع بما عرفت، نعم قد يقال بالتخيير له فى اختصاص من شاء إلا أن القرعه أعدل، بل لو لا عدم ظهور المخالف فى الاشتراك مع الانتفاع الذى لم يحصل به سد الخله لأمكن القول بالقرعه فيه أيضا لأنه هو المكلف به المنفق، و الفرض عدم تمكنه إلا من واحد.

على كل حال فإن أقرع و فضل من الغذاء شى ء أقرع بين من عدا الأول الذى اندفعت ضرورته الان منهم بخلاف غيره، و فى القواعد احتمالها بين الجميع، باعتبار عدم اندفاع ضروره من خرجت القرعه له أو لا فى بقيه يومه، فيبقى حينئذ استحقاقه معهم، إلا أنه كما ترى.

و الظاهر عدم اعتبار شده الحاجه لصغر أو غيره فى ترجيح أحد المتساوين

فی الـدرجه و إن احتمله فی القواعـد، لکنه لا ـ دلیل علیه، فان أقصـی ما یسـتفاد من آیه أولی الأرحام (۱)و غیرها تقدیم الأقرب فالأـقرب، فلو کـان له أب و جـد معسـران قـدم الأب علی الجـد، ثم الجـد علی أبیه و هکـذا. نعم یتساوی الأجـداد من الأب مع الأجـداد من الأم مع التساوی فی الـدرجه، لتساوی درجه الأبوین، و ولد الولد و إن نزل مع الجد و إن علا یتشارکان مع التساوی فی النسـبه إلی المنفق للتساوی فی الـدرجه و إن لم یرث الجد مع ولد الولد، و الذکور و الإناث من الأولاد یتشارکون بالسویه و إن اختلفوا فی المیراث، لانتفاء الدلیل هنا علی الاختلاف، کما یحکم بالتشارک بالسویه فی الأبوین و فی الأجداد.

بقی شی ء، و هو أن ظاهر الأصحاب وجوب النفقه علی القریب مع الشرط، و هو علی إطلاقه مشکل، إذ قد یمنع فی ذات الزوج المعسر مثلا حتی لو کانت اما أو بنتا، و إلا لکان الواجب لها نفقتین إحـداهما دین علی زوجها و الأخری علی قریبها، و المفهوم من الأدله أن لا واجب إلا

نفقه واحده، نعم لو فرض سقوط خطابه بها بالإعسار کما فی نفقه القریب اتجه حینئذ خطاب البعید بها، فتأمل جیدا، و الله العالم.

و کیف کان فمما قدمناه سابقا فی ترتیب المنفق ظهر لک الوجه فی:

[المسأله الثالثه لو کان له أب و جد موسران فنفقته علی أبیه دون جده]

المسأله الثالثه و هی لو کان له أب و جد موسـران فنفقته علی أبیه دون جده، و لو کان له ابن و أب موسـران کانت نفقته علیهما بـالسویه فلاحظ و تأمل، و لو کان الأقرب مثلا معسـرا و الأبعـد موسـرا فـدفع النفقه ثم أیسـر الأقرب کانت النفقه علی الأقرب، و لکن لا رجوع للأبعد بها علیه، نعم لو فرض یساره مع وجود عینها بید المنفق علیه أمکن الرجوع بها، لأنها إمتاع بیده، و الخطاب قد توجه إلی الأقرب بیساره، و لو کان له ولدان

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸- الآیه ۷۵.

و لم يقدر إلا على نفقه أحدهما و له أب موسر قيل وجب على الأب نفقه الأخر، فإن اختلفا فى قدر النفقه و كان مال الأب يسع أحدهما بعينه كالأقل نفقه اختص به، و وجبت نفقه الأخر على جده، و إن تساويا فى النفقه و اتفقا على الشركه أو على أن يختص كل واحد منهما بواحد فذلك، و إلا رجعا إلى القرعه.

قلت: قد يكون ذلك مؤيدا لما ذكرناه سابقا فيما لو تعدد المنفق الذى حكموا فيه بالاشتراك فيها، ضروره أنه يأتى فيه مثل ما هنا من احتمال القرعه، و إلا كان المتجه فيه الاشتراك و إن كان الموضوع فى المسألتين مختلفا فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا دافع بالنفقه الواجبه أجبره الحاكم]

المسأله الرابعه إذا دافع بالنفقه الواجبه من خوطب بها متحدا أو متعددا أجبره الحاكم حسبه، فان لم يكن فعدول المؤمنين، بل إن لم يكونوا ففساقهم فى وجه. فان امتنع حبسه إذا فرض توقف حصولها عليه لخفاء ماله مثلا و إلا ب أن كان له مال ظاهر جاز له أى الحاكم أن يأخذ من ماله ما يصرف فى النفقه من غير حاجه إلى اعتبار رضاه، فإنه وليه و الحال هذه، و لا حاجه إلى حبسه ليباشر الإنفاق، لكنه لا دليل عليه.

و إن كان له عروض أو عقار أو متاع جاز له بيعه، لأن النفقه حق كالدين الذى لا ريب فى بيع الحاكم ذلك فى الوفاء مع فرض امتناعه، بل هى أعظم منه كما عرفت سابقا، بل له الأمر بالاستدانه عليه، بل قد عرفت القول بالاجتزاء بنيه الرجوع من المنفق عليه مع تعذر الحاكم خاصه أو مع عدول المسلمين للحرج، كما قد عرفت أن له صرف المال فيها و لو ببيع و نحوه مع الغيبه فضلا عن الامتناع، قال فى المسالك هنا: «و لو لم يقدر على الوصول إلى الحاكم ففى جواز استقلاله بالاستقراض عليه أو البيع من ماله مع امتناعه أو غيبته وجهان، أجودهما

الجواز، لأن ذلک من ضروب المقاصه حیث یقع أخذ القریب فی الوقت و الزوجه مطلقا» و إن کان قد یناقش بمنع اندراجه فی دلیل المقاصه فی القریب مطلقا و فی الزوجه قبل مضی المده، لعدم الملک حینئذ علیه، علی أنه لا دلیل علی جوازها لغیر الحاکم مع الغیبه و نحوه ها مما لا امتناع منه، ثم إن الاستدانه علیه لا مدخلیه لها فی المقاصه بوجه، و إنما تتوقف علی ثبوت ولایه للمستدین، و هی لغیر الحاکم ممنوعه کما أشرنا إلی ذلک سابقا، و الله العالم.

[القول فی نفقه المملوک]

اشاره

و اما القول فی نفقه المملوک فلا خلاف فی أنه تجب النفقه علی ما یملکه الإنسان من رقیق و بهیمه و إن کان لکل منهما أحکام تخصه أما العبد و الأمه ف نفقتهما علی مولاهما إجماعا بقسمیه و نصوصا قال الصادق علیه السلام فی

صحیح ابن الحجاج(۱): «خمسه لا یعطون من الزکاه شیئا: الأب و الأم و الولد و المرأه و المملوک، و ذلک لأنهم عیاله لازمون له»

و فی

خبر ابن الصلت المروی عن الأمالی عن عده من أصحابنا(۲)عنه علیه السلام أیضا «خمسه لا یعطون من الزکاه: الولد و الوالدان و المرأه و المملوک، لأنه یجبر علی النفقه علیهم»

و النبوی (۳)«للمملوک طعامه و کسوته بالمعروف»

مضافا إلی قوله تعالی (۴)«کَلٌّ عَلی مَوْلاهُ» إلی غیر ذلک من النصوص المعمول علیها بین الأصحاب من غیر خلاف یعرف فیه، بل نفاه بعضهم من علماء الإسلام فضلا عن علماء الایمان، من غیر فرق فی المملوک بین

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المستحقین للزکاه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب المستحقین للزکاه الحدیث ۴ عن العلل.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۸ ص ۶.

۴- ۴ سوره النحل: ۱۶- الآیه ۷۶.

الصغير و الكبير و الصحيح و الأعمى و المدبر و أم الولد و المنتفع به و غيره و المرهون و المستأجر و الكسوب و غيرهم، رفع السيد عنه و خلى بينه و بين نفسه أو لا.

نعم فى الكسوب عبدا كان أو أمه مولاهما بالخيار فى الإنفاق عليهما من خاصه ماله أو من كسبهما الذى هو أحد أمواله أيضا، و لهذا لو قصر كسبه وجب التمام على السيد، و لو زاد أخذه له، و لكن قد

روى عنه عليه السلام (۱)أنه قال: «لا تكلفوا الصغير الكسب، فإنكم متى كلفتموه سرق، و لا تكلفوا الأمه غير الصغيره الكسب، فإنكم متى كلفتموها الكسب اكتسبت بفرجها».

و على كل حال ف لا تقدير فى الشرع لنفقتهما، بل الواجب قدر الكفايه و سد الخله من إطعام و إدام و كسوه و غيرها مما عرفته سابقا فى النفقات، و لا يكفى قدر مثله مع فرض عدم سد

خلته به و إن احتمله بعضهم، إلا أن الأقوى خلافه، و كذا فى نفقه القريب.

نعم يرجع فى جنس ذلك كله إلى عاده مماليك أمثال السيد من أهل بلده نحو ما سمعته فى نفقه الزوجه، إذ هو المعروف فى الخبر المزبور(۲)، و المنصرف إليه إطلاق الأدله، و لعله المراد مما عن المبسوط من أنه غالب قوت البلد و كسوته، كما تقدم الكلام فى نحو ذلك فى نفقه الزوجه، و منه يعلم الحال فيما هنا، لكن فى المسالك «أنه يراعى حال السيد فى اليسار و الإعسار و المقام، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب و خسيسه، و لا يجوز الاقتصار فى الكسوه عن ذلك و إن لم يتأذ بحر و لا برد، لأن ذلك يعد تحقيرا و إذلالا- ثم قال-: و لو كان له مماليك لزمه التسويه بينهم مع اتفاقهم فى الجنس و ان اختلفوا فى النفاسه و الخسه».

و الجميع كما ترى للنظر فيه مجال، و ذلك لاتحاد الأدله فى جميع النفقات التى قد عرفت انسياق اعتبار حال المنفق عليه لا المنفق، اللهم إلا أن يمنع ذلك

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۸ ص ۹ و فيه« الأمه غير ذات الصنعه».

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۸ ص ۶.

فی خصوص نفقه القریب أو یقال: إنه لا مثل للعبد إلا بالنسبه إلی حال سیده المختلف بالیسار و الإعسار و المقام، فتأمل جیدا.

و علی کل حال فیستحب أن یطعمه مما یأکله و یلبسه مما یلبسه، ل

قوله صلی الله علیه و آله و سلم (۱): «إخوانکم حولکم جعلهم الله تحت أیدیکم فمن کان أخوه تحت یده فلیطعمه مما یأکل و یلبسه مما یلبس»

و قوله صلی الله علیه و آله و سلم (۲): «إذا جاء أحدکم خادمه بطعامه و قد کفاه حره و عمله فلیقعده فلیأکل معه و إلا فلیناوله أکله من طعام»

و قوله صلی الله علیه و آله و سلم (۳): «إذا کفی أحدکم خادمه طعامه حره و دخانه فلیدعه فلیجلسه معه، فان أبی فلیروغ له اللقمه و اللقمتین»

و فی محکی المبسوط «و الترویع أن یرویه من الدسم» و فی المسالک «و لیکن ما یناوله من اللقمه کثیره تسد مسدا، دون الصغیره التی تهیج و لا تقضی النهمه» بل فیها عن بعضهم وجوب أحد الأمرین:

أی الاجلاس معه أو ترویغ اللقمه، و أن الأول أفضل، لکنه کما تری، ضروره ظهور إراده التواضع و مکارم الأخلاق و رد شهوه من عالج الطعام منهم من الخبرین کما هو واضح، و لذا جزم فی المسالک و غیرها باستحباب إجلاس رقیقه معه و إطعامه».

خصوصا إذا کان هو المعالج و إن کان قد یتوقف فی ذلک تنزیلا للخبر المزبور علی الخادم الحر لا المملوک الذی مرتبته أقل من ذلک، و ربما نافی السیاسه فی تأدیبه و تعظیم السید فی نفسه، و الأمر سهل.

و کیف کان ف لو امتنع المولی عن الإنفاق مع قدرته علیه و لو بالتکسب من رقیقه أو منه نفسه- فان الظاهر وجوبه علیه بنفقته و إن لم نقل له بالنسبه إلی القریب، لکونه محبوسا علیه، و منافعه مملوکه له، بل فی کشف اللثام أن نفقته أقوی من نفقه الزوجه.

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱۳- من کتاب العتق الحدیث ۸.

۲- ۲ کنز العمال ج ۵ ص ۱۷ الرقم ۳۷۴ و ص ۱۸ الرقم ۴۰۸ و ص ۲۰ الرقم ۴۳۲ بألفاظ مختلفه متقاربه.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۸ ص ۸.

أجبر على بيعه أو غيره مما يزيل حبسه و ملكه عنه أو الإنفاق عليه و مع تعـذر أحدهما يتعين الثانى كما هو الشأن فى كل واجب مخير.

و يسـتوى فى ذلک كله القن و المـدبر بل قيل و أم الولد لكونه أقل ضـررا من الاحتباس عليه مع فقد النفقه، بل فيه حفظ النفس من الهلاـک لكن قـد ينـاقش بإطلاـق دليل المنع، و عـدم انحصار طريق الخلاص فى ذلک، بل قـد يقال بالإنفاق عليها من بيت المال المعـد لذلک أو من الزكاه أو غير ذلک، بل لو فرض تعذر ذلک كله و أدى بقاؤها إلى الهلاک وجب على الناس كفايه، و لعله لـذا حكى عـن بعضـهم الجزم بعـدم إجبـاره على بيعهـا، فتأمـل و فى القواعـد «لـو عجز عن الإنفـاق على أم الولـد أمرت بالتكسب، فان عجزت أنفق عليها من بيت المال، و لا يجب عتقها، و لو كانت الكفايه تحصل بالتزويـج وجب، و لو تعذر الجميع ففى البيع إشـكال» و كأنه لما عرفت من أن به حفظا عن الهلاک الـذى هو أولى لها من التشـبث بالحريه و من عموم النهى (۱)و احتمال كونها كفقراء المؤمنين يلزمهم الإنفاق عليها، فتأمل.

هـذا و فى المسالـک «أنه خرج بمن عـدد من المماليـک المكاتب، فان نفقته تسـقط عن المالک، و تكون فى كسـبه، و كـذا لو اشترى مملوكا أو اتهب أو أوصـى له حيث جوزناها و لو بأبيه و أمه» و فيه أن ذلک ليس سـقوطا عن السـيد، ضروره كون كسبه من أمواله، و لـذا لو فرض قصوره عنهـا وجب على السـيد الإتمام، و أما قبول اتهاب الوالـد أو الولـد أو الوصـيه بهما فقـد صـرح الفاضل فى القواعد بجوازه، و لزوم النفقه حينئذ له.

بل فى كشف اللثام «و إن لم يأذن المولى، لأن قبول الهبه و الوصـيه لا يتضمن إتلاف مال، و وجوب النفقه أمر خارج عن ذلک لازم للقرابه» و لكن لا يخلو من نظر، و لذا كان المحكى عن المبسوط عدم جواز القبول إن كان ممن يلزمه نفقته،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱ من كتاب التجاره.

لأنه يستقر بالإنفاق، و فيه منع وجوب النفقه عليه بعد فرض عدم قدرته للحجر عليه بالنسبه إلى ذلك، و يأتى تمام الكلام فيه فى محله إنشاء الله فتأمل جيدا، و الله العالم.

و يجوز له أن يخارج المملوك بأن يضرب عليه ضريبه فى كل يوم أو مده يؤديها له و يجعل الفاضل له إذا رضى بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

صحيح عمر بن يزيد(۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكا له و قد كان مولاه يأخذ منه ضريبه فرضها عليه فى كل سنه و رضى بذلك المولى فأصاب المملوك فى تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبه، قال: فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضه فهو للمملوك. ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: أ ليس قد فرض الله على العباد فرائض فإذا أدوها لم يسألهم عما سواها؟ قلت: فللمملوك أن يتصدق بما اكتسب و يعتق بعد الفريضه التى كان يؤديها إلى سيده، قال: نعم، و أجر ذلك له، قلت:

فإن أعتق مملوكا مما كان اكتسب سوى الفريضه لمن يكون ولاء العتق؟ فقال:

يذهب فيتولى من أحب، إذا ضمن جريرته و عقله كان مولاه و ورثه، قلت: أ ليس قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الولاء لمن أعتق؟ فقال: هذا سائبه لا يكون ولاؤه لعبد مثله، قلت: فان ضمن العبد الذى أعتقه جريرته و حدثه يلزمه ذلك، و يكون مولاه و يرثه؟ فقال: لا يجوز ذلك، لا يرث عبد حرا».

ف لا- إشكال حينئذ فى أصل المخارجه التى يمكن وفاء العمومات بها أيضا، خصوصا بعد أن كان حكمها من غير خلاف يعرف فيه أنه إن فضل قدر كفايته و كله إليه و إلا كان على المولى التمام و أنه لا يجوز أن يضرب عليه ما يقصر كسبه عنه، و لا ما لا يفضل معه قدر نفقته إلا إذا قام بها المولى و أنه إن زاد على النفقه و الضريبه كان مبره من السيد إلى

عبده، و أنه كما لا تلزم ابتداء لا تلزم استدامه، نعم لو قلنا بلزومها و لزوم دوام بذل السيد لتلك الزياده على وجه لا يجوز

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱ من كتاب التجاره.

له الرجوع بها أو نحو ذلك مما هو خارج عن القواعد اتجه حينئذ الاحتياج إلى دليل خاص، إلا أنى لم أقف على تصريح من الأصحاب بترتب أحكام خاصه عليها و إن كان هو مقتضى الصحيح المزبور.

و كيف كان فليس للعبد إجبار السيد عليها إجماعا، بل فى المسالك «و لا للسيد إجبار العبد على أصح القولين، لأنه يملك استخدامه المعتاد لا تحصيل ذلك المطلوب منه بالكسب» و فى القواعد «ليس له أن يضرب مخارجه على مملوكه إلا برضاه» بل هو ظاهر اشتراط الرضا فى المتن أيضا، بل هو المحكى عن المبسوط أيضا، و لكن قد يناقش بأنه مناف لعموم تسلط المولى عليه على وجه له نقل منافعه إلى غيره بالعوض على كره منه، فالمخارجه مثله أو أولى بعد فرض اعتبار ما سمعت فيها من عدم تكليفه بما يشق عليه.

و لعله لذا كان المحكى عن التحرير جواز الإجبار، بل هو خيره الأصبهانى فى كشفه أيضا، بل هو الموافق لما صرحوا به من غير خلاف يعرف فيه بينهم من أن للسيد الاستخدام فيما يقدر عليه المملوك و لا يخرج عن وسعه عاده و الملازمه عليه إلا فى أوقات اعتيد فيها الاستراحه، و أما الأفعال الشاقه الشديده التى لا يمكن المداومه عليها عاده فله الأمر بها إذا قدر عليها فى بعض الأوقات و على المملوك بذل الوسع فى جميع ذلك، و لا يكلفه الخدمه ليلا و نهارا معا لأنها فوق الوسع، بل إذا عمل بالنهار أراحه ليلا أو بالعكس و يريحه فى الصيف وقت القيلوله، و بالجمله فالمتبع العاده الغالبه.

[أما نفقه البهائم المملوكه]

و أما نفقه البهائم المملوكه التى منها دود القز و النحل و غيرهما فواجبه بلا خلاف سواء كانت مأكوله اللحم أو لم تكن و سواء انتفع بها أو لا،

قال الصادق عليه السلام فى خبر السكونى (۱): «للدابه على صاحبها سته حقوق: لا يحملها فوق طاقتها، و لا يتخذ ظهرها مجلسا يتحدث عليها، و يبدأ بعلفها إذا نزل منها، و لا يشتمها، و لا يضربها فى وجهها، فإنها تسبح، و يعرض عليها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الدواب الحديث ۶ من كتاب الحج.

الماء إذا مر به»

و فی

خبره الآخر بإسناده (۱)قال: «قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: للدابه علی صاحبها خصال: یبدأ بعلفها إذا نزل، و یعرض علیها الماء إذا مر به، و لا یضرب وجهها، فإنها

تسمح بحمد ربها، و لا یقف علی ظهرها إلا فی سبیل الله، و لا یحملها فوق طاقتها، و لا یکلفها من الشی ء إلا ما تطبق»

و عنه صلی الله علیه و آله و سلم (۲)أیضا أنه قال: «اطلعت لیله أسری بی علی النار فرأیت امرأه تعذب، فسألت عنها، فقیل:

إنها ربطت هره و لم تطعمها و لم تسقها و لم تدعها تأکل من حشاش الأرض حتی ماتت فعذبها بذلک، و قال: و اطلعت علی الجنه فرأیت امرأه مومسه یعنی زانیه فسألت عنها، فقیل: إنها مرت بکلب یلهث من العطش فأرسلت إزارها فی بئر فعصرته فی حلقه حتی روی فغفر الله لها».

و لکن لا تقدیر لنفقاتهن و إنما الواجب القیام بما تحتاج إلیه من أکل و سقی و مکان و جل و نحو ذلک مما یختلف باختلاف الأزمنه و الأمکنه.

نعم یکفیها فی إطعامها تخلیتها ترعی من خصب الأرض فإن اجتزأت بالرعی فذلک و إلا علفها، فان امتنع من الإنفاق علیها و لو بالتخلیه للرعی الکافی لها أجبر ه الحاکم علی بیعها مثلا- أو ذبحها إن کانت تقصد بالذبح للحم أو الإنفاق علیها، فان تعذر إجباره ناب الحاکم عنه فی ذلک علی ما یراه و یقتضیه الحال، فقد یبیع عقاره و نحوه فی علفها مثلا إن لم یمکن التوصل إلی ما تعتلف به من ماله، فان لم یکن له ملک أو کان بیع الدابه أنفع له بیعت علیه کلا أو کل یوم بقدر ما یفی

بنفقتها إن أمکن و لم یکن بیع الکل أنفع للمالک،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحکام الدواب الحدیث ۱ من کتاب الحج.

۲- ۲ روی الشیخ قده هذا الخبر بنصه فی المبسوط ج ۶ ص ۴۷ کما روی القطعه الأولی منه نقلا بالمعنی فی البحار ج ۶۵ ص ۶۴ و ۶۵ و کنزل العمال ج ۸ ص ۱۷۳ من الرقم ۳۰۰۱ الی ۳۰۰۵ و القطعه الثانیه کذلک فی البحار ج ۶۵ ص ۶۵ و کنز العمال ج ۳ ص ۲۷۷ الرقم ۴۵۴۸ و ۴۵۴۹.

و إن أمكن إجارتها بما يفى بعلفها و كانت أنفع له أو جرت (و بالجمله) يراعى مصلحته فى ذلك لكونه الولى عنه فى هذا الحال، بل قد عرفت سابقا أن للحاكم ذلك بمجرد الامتناع من غير حاجه إلى إجبار المالك على مباشره ذلك.

و على كل حال فما ذكرناه من التخيير مع إمكان ما فرضناه من الأفراد و إلا وجب الممكن، فلو فرض عدم وقوع التذكيه عليها أجبر على الإنفاق أو البيع أو نحوه دون التذكيه.

و هل يجبر على الإنفاق خاصه إن امتنع البيع فى غير مأكول اللحم مما تقع عليه التذكيه للجلد أو عليه أو على التذكيه أيضا؟ وجهان بل قولان، أقواهما الثانى، لكون التذكيه فيها كالتذكيه فى مأكول اللحم و فى كونها أحد طرق التخلص خلافا للمحكى عن ظاهر المبسوط فالأول خاصه، و لعله لكونها غير مقصوده بالذبح فى أصل الشرع، إلا أنه كما ترى.

و لو لم يوجد ما ينفق على الحيوان و وجد عند غيره وجب الشراء منه، فان امتنع من البيع ففى المسالك يجوز غصب العلف منه لإبقائها إذا لم يوجد غيره، كما يجوز غصبه كذلك لحفظ الإنسان، و يلزمه المثل أو القيمه، و فى القواعد «كان له قهره عليه و أخذه منه غصبا إذا لم يجد غيره» و فى كشف اللثام «و لم تشتد حاجته إليه لنفسه أو مملوكه من انسان أو غيره و إن لم يحضره الثمن و أمكنه بيع مملوكه منه أو من غيره- إلى أن قال-: و كذا يجوز غصب الخيط لجراحته كما يجبر على الطعام لنفسه، للاشتراك فى حرمه الروح و نفى الضرار» و لكنه لا يخلو من نظر و تأمل، و لعله لذا قال فى كشف اللثام بعد ذلك: «و الأحوط التوصل إلى الحاكم مع الإمكان، و أنه إن أمكن البيع باع إن لم يحتج إليه و لو للشرف» قلت: بل قد يقال و إن احتاج إليه.

و كيف كان ف ان كان لها أى البهيمه ولد يرضع و فر عليه من لبنها قدر كفايته لكونه النفقه الواجبه عليه حينئذ فما عن بعض العامه من أنه إنما يجب إبقاء ما يقيم الولد حتى لا يموت واضح الضعف، نعم له الفاضل بعد ذلك.

و كـذا لو اجتزأ الولـد بغيره من رعى أو علف كلاـ أو بعضـا جاز له أخـذ اللبن كلا أو بعضا، و لو كان أخـذ اللبن مضـرا بالـدابه نفسـها لقله العلف لم يجز له أخذه و إن لم يضـر ولدها بل يسقيها إياه، نعم يكره له أو يحرم ترك الحلب مع عدم الإضرار بها و بولدها، لما فيه من تضييع المال، و لكن لا يستقصى فى الحلب بل يبقى فى الضرع شى ء لأنها تتأذى بذلك.

بـل يسـتحب له أن يقص أظفاره تحرزا من إيـذائها بالقرص، و لا يكلفها ما لا تطيقه من تثقيل الحمل و إدامه السـفر، و لـذا نهى (۱)عن ارتداف ثلاثه عليها، بل و كذا الشاق عليها المنافى للعاده.

و ينبغى أيضـا أن يبقى للنحـل شـى ء من العسـل فى الكوزه، بـل فى المسالـك و غيره «أنه لو احتاجت إليه كوقت الشـتاء وجب إبقـاء مـا يكفيها عاده، و يسـتحب أن يبقى أكثر من الكفايه إلا أن يضـربها» بل فيها و فى غيرها أيضا «أن ديـدان القز إنما تعيش بورق التوت، فعلى مالكهـا بكفايتهـا منه، و حفظهـا من التلف، فان عز الورق و لم يعتن منها باع الحاكم من ماله و اشترى لها منه ما يكفيها» قلت:

ينبغى التخيير بين ذلـك و بين الـبيع عليه نحو مـا سـمعته فى الامتنـاع من نفقه الحيوان الـذى هو منه، و لكن إذا جـاء وقتهـا جـاز تجفيـف جوزهـا فى الشـمس و إن أدى ذلـك إلى هلاكهـا تحصـيلا للغرض المطلـوب منـه، و للسـيره المسـتمره عليـه فى سـائر الأعصار و الأمصار، هذا كله فى المال ذى الروح.

أمـا مـا لاـ روح فيه فالظـاهر أنه لاـ خلاف فى عـدم وجوب عماره العقار و نحوه بزرع أو غرس أو غيرهما، بل فى القواعـد «و لو ملك أرضا لم يكره له ترك زراعتها» لكن فى المسالك الجزم بالكراهه إذا أدى إلى الخراب، بل فى كشف اللثام أنه قـد يحرم إذا أضر بها الترك للتضييع، و فيه منع حرمه مثل هذا التضييع بل و كراهته بالخصوص، نعم لو ملك زرعا أو

شجرا أو نحوهما مما يحتاج إلى السقى ففى القواعد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب أحكام الدواب الحديث ۳ من كتاب الحج.

«كره له تركه لأنه تضييع، و لا يجبر على سقيه، لأنه من تنميه المال، و لا يجب على الإنسان تملك المال، فلا يجب تنميته» و في المسالك «في وجوب سقي الزرع و الشجر و حرثه من الإمكان قولان، أشهرهما العدم» لكن في كشف اللثام في شرح ما سمعته مع القواعد «و فيه أنه إبقاء لما ملكه و صون له من الضياع، و هو واجب، نعم يمكن القول بأنه لا يجبر عليه، لكنه ربما دخل بذلك في السفهاء فيحجر عليه» و في التحرير «أن ما يتلف بترك العمل فالأقرب إلزامه بالعمل من حيث أنه تضييع للمال، فلا يقر عليه».

قلت: قد يقال: إن الأصل و السيره و عموم تسلط الناس على أموالها(۱)يقتضي عدم حرمه مثل هذا الإتلاف للمال المحتاج حفظه إلى معالجه و عمل، بل لا يعد مثله سفها، و من ذلك يعلم ما في قوله أيضا «و يكره أو يحرم ترك عماره الدار و نحوها حتى تخرب إن لم يكن الخراب أصلح لها، و القول في الإجبار عليها و عدمه كما مر، ضروره اتحاد المدرك في الجميع، و هو حرمه مثل هذا التضييع للمال، من غير فرق في الأموال بين العقار و الكتب و الثياب و غيرها» و التحقيق عدم حرمه ما لا يعد سفها و سرفا منه.

و الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا و له الشكر على توفيقه لإتمام كتاب النكاح الذي هو آخر قسم العقود، و الرجاء منه التوفيق لإتمام الباقي الذي منه القسم الثالث في الإيقاعات، و هي أحد عشر كتابا، و قد كان ذلك عند العصر تقريبا في يوم الأربعاء: رابع عشر من ربيع الثاني من سنه السابعه و الأربعين بعد الألف و المأتين، و هي السنه التي أدب الله في شوال سابقتها أي السادسه و الأربعين أهل بغداد و في ذي القعده منها أهل الحله و أهل النجف و أهل كربلاء و غيرهم بالطاعون العظيم الذي قد من علينا و على عيالنا و أطفالنا و بعض متعلقينا بالنجاه منه، و كم له من نعمه، فإنه المنان الكريم الرحمن الرحيم.

و بهذا و الحمد لله انتهت تعاليقنا على الجزء الحادي و الثلاثين من كتاب (جواهر

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲.

الکلام) و قد بذلنا غایه المجهود فی تنمیقه و التعلیق علیه و مقابلته بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه، فنشکره تعالی علی ما وفقنا لذلک، و نسأله أن یدیم توفیقنا و یزید من فضله.

کما و أنی فی الختام أشکر أخی العلامه الشیخ محمد القوچانی علی جهوده المتواصله حیث کان عونا لی فی سرعه الإنجاز وفقه الله تعالی لمراضیه.

و بهذا الجزء تم کتاب النکاح و یتلوه الجزء الثانی و الثلاثون فی کتاب الطلاق إنشاء الله.

النجف الاشراف ۲۰- ذی القعده- ۱۳۹۵ محمود القوچانی و تم تصحیحه و تهذیبه و ترتیبه فی الیوم الثالث من ثانی الربیعین سنه ۱۳۹۷ و الحمد لله أولا و آخرا و ذلک بید العبد:

السید إبراهیم المیانجی عفی عنه و عن والدیه

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوزت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزى ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فى طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.